



**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA  
DIGITAL: LA CONTROVERTIDA CALIFICACIÓN PENAL DE LOS  
INTERCAMBIOS DE CONTENIDOS EN LAS REDES PEER TO PEER.**

**TESIS DOCTORAL**

**CÉSAR ALEJANDRO OSORIO MORENO**

**Director: Alfonso Galán Muñoz**

**Sevilla, España  
2018**

**LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA  
DIGITAL: LA CONTROVERTIDA CALIFICACIÓN PENAL DE LOS  
INTERCAMBIOS DE CONTENIDOS EN LAS REDES PEER TO PEER.**

**CÉSAR ALEJANDRO OSORIO MORENO**

Tesis Doctoral presentada en el Programa de Doctorado DE  
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS como  
requisito para la obtención del Título de Doctor en Ciencias  
Jurídicas y Políticas

**Director: Alfonso Galán Muñoz**

**Sevilla, España  
Abril, 2018**

**Universidad Pablo de Olavide**

**Departamento de Derecho Público**

**Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas**

La Comisión Examinadora, bajo firma, aprueba la Tesis de  
Doctorado

**LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA  
DIGITAL: LA CONTROVERTIDA CALIFICACIÓN PENAL DE LOS  
INTERCAMBIOS DE CONTENIDOS EN LAS REDES PEER TO PEER.**

Elaborada por:

**CÉSAR ALEJANDRO OSORIO MORENO**

Como requisito para la obtención del Título de Doctor en Ciencias  
Jurídicas y Políticas

COMISIÓN EXAMINADORA

Firmado,

Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz  
Director

Firmado,

Doctorando César Alejandro Osorio Moreno

**Sevilla, España**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A Mary Sol, Ángel y Emanuel, por estar de mi lado permitiendo la perfección de Dios y Universo.

## **AGRADECIMIENTOS**

Al Profesor Doctor Alfonso Galán Muñoz, por estar ahí siempre que lo precisé, por ayudarme a visionar lo que pudo parecer ininteligible, porque me ayudó a ver una realidad que parecía imposible, maestro gracias por ayudarme a perfeccionar un sueño y una necesidad.

A todos mis amigos del Doctorado, el que iniciamos como niños llenos de expectativas y de sueños, en especial a Natalia porque me tendió su mano generosa y me asistió como un Ángel venido del cielo.

A todos mis “profes” del Doctorado en especial al Maestro Muñoz Conde, porque me señaló los caminos equivocados y me indicó la ruta del correcto que ahora finalizo.

*Cuando recibís el nombramiento, el premio, el ascenso,  
Pensá en los que murieron (...)  
Vos los representas a ellos.  
Ellos delegaron en vos,  
los que murieron.*

*“Por esos muertos, nuestros muertos...”*

*Ernesto Cardenal (Vuelos de Victoria. P.73)*

## **RESUMEN**

Esta tesis aborda el estudio de los delitos contra la propiedad intelectual y su desarrollo desde la perspectiva de internet, la responsabilidad de los sujetos por el tráfico de información en la red protegida por derechos de propiedad intelectual y la extensión de esa misma responsabilidad a los proveedores de los servicios, implican retos para la regulación de la institución penal actual, debido a que los desarrollos teóricos convencionales no responden a las nuevas necesidades, tratando temas tan complejos y polémicos como la posible responsabilidad penal de los usuarios en el caso de intercambio de archivos en las redes peer to peer y la discutible extensión de dicha responsabilidad a los proveedores del servicio en ese mismo tipo de redes.

Se aborda la reciente reforma del Código Penal implementada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que se incluye un tipo penal específicamente referido a la sociedad de la información como es el de facilitación de enlaces y accesos a contenidos ilícitos (270.2 CP).

En el primer capítulo se presenta una evolución de la propiedad intelectual, su base es filosófica, económica y de protección jurídica en el ordenamiento civil español. El Segundo capítulo, realiza una aproximación a la discusión político criminal sobre la protección penal de la propiedad intelectual en la era digital. El Tercer capítulo, se ocupa de los asuntos propiamente dogmáticos de protección penal de la propiedad intelectual en el entorno digital, analizando el tipo penal en concreto desde su aspecto objetivo como subjetivo tanto en el tipo básico como en el cualificado. El cuarto capítulo aborda dos aspectos básicos de relevancia y actualidad para la protección penal de la propiedad intelectual en el entorno digital como lo son, el intercambio de archivos en

redes peer to peer y la posible responsabilidad penal de los proveedores de servicio. Por último, en el quinto capítulo se presentan las conclusiones a modo de resumen de los principales temas trabajados a lo largo de la tesis.



## **ABSTRACT**

This thesis study the crimes against intellectual property and its development from the perspective of internet, the subjects responsibility for the information traffic on the network protected by intellectual property rights and the extent of that responsibility to the service providers, involve challenges for regulating the current penal institution, because the conventional theoretical developments do not meet the new requirements, trying so complex and controversial issues such as the possible criminal responsibility of the users in the case of file sharing on peer to peer networks and the controversial extension of the liability of service providers in the same type of network.

We consider the recent reform of the Penal Code implemented by Organic Law 1/2015, of March 30, which includes a specific offense based on the information society such as facilitating links and access to illegal content (270.2 CP).

In the first chapter the evolution of intellectual property is presented, its base is philosophical, economic and legal protection in the Spanish civil law. The second chapter is an approach to criminal policy discussion on the criminal protection of intellectual property in the digital age. The third chapter deals with criminal matters properly dogmatic protection of intellectual property in the digital environment, analyzing the particular offense from objective and subjective aspect both the basic offense and the qualified. The fourth chapter deals two basic aspects of relevance today for the criminal protection of intellectual property in the digital environment such as the exchange of files on peer to peer networks and the possible criminal liability of service providers.

Finally, in the fifth chapter the conclusions as a summary of the main issues discussed throughout the thesis are presented.

## INDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>17</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>21</b>
<b>CAPITULO I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL</b>	<b>24</b>
1. Breve reseña histórica del surgimiento de la propiedad intelectual	24
1.1. Primera era del derecho de autor (el manuscrito)	24
1.2. Segunda era del derecho de autor (la imprenta)	26
1.3. Tercera era del derecho de autor (digital)	38
2. Evolución de la Base Filosófica De Los Derechos De Propiedad Intelectual	52
2.1. Teorías Monistas	58
2.1.1. Monista patrimonial	58
a. Teoría del derecho de propiedad	58
b. Teoría del derecho sobre bienes inmateriales	60
2.1.2. Teoría Monista personalista	61
2.1.3. Teoría del Monismo integral	63
2.2. Teorías Dualistas	66

3.3. Teorías Eclécticas	68
3.3.1 El Copyright Del Common Law	69
3.3.2. Teoría del Monopolio de Explotación	70
3.3.3. Teoría de los derechos intelectuales	71
4. Toma de postura	72
 <b>CAPÍTULO II. LA DISCUSIÓN PENAL SOBRE LA PROTECCIÓN</b>	
 <b>DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL:</b>	
 <b>APROXIMACIÓN POLÍTICO CRIMINAL A LA PROBLEMÁTICA</b>	
PLANTEADA POR LA APARICIÓN DE LOS SISTEMAS P2P	76
1. Derecho penal para la propiedad intelectual en la era digital	77
2. Derecho penal, criminalidad informática y globalización	79
2.1. Normativa internacional por infracciones a la propiedad intelectual con incidencia en el Derecho Español	86
3. Los modernos sistemas <i>Peer to Peer</i> como mecanismo para la comisión de conductas contra la propiedad intelectual.	
Planteamiento del problema	95
3.1. Condiciones técnicas del intercambio de archivos en las diferentes redes Peer to Peer	99
3.2. Clases de redes Peer to Peer	105
3.2.1. Redes Peer to Peer centralizadas	106
3.2.2. Redes Peer to Peer semicentralizadas	108

3.2.3. Redes Peer to Peer Descentralizadas	112
--	-----

## **CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD**

### **INTELECTUAL EN ESPAÑA Y SU POSIBLE APLICACIÓN**

<b>EN LOS SISTEMAS P2P</b>	<b>117</b>
----------------------------	------------

1. Breve reseña histórica sobre la regulación de la propiedad intelectual en el Derecho Penal Español	117
---	-----

2. Análisis de los concretos delitos protectores de la propiedad intelectual con incidencia en la calificación de las conductas realizadas en sistemas P2P	125
--	-----

2.1. Análisis del delito del 270.1 CP	127
---------------------------------------	-----

2.1.1. Bien Jurídico tutelado	127
-------------------------------	-----

2.1.2. El tipo objetivo	141
-------------------------	-----

2.1.2.1. Los sujetos	141
----------------------	-----

a. Sujeto activo	141
------------------	-----

b. Sujeto pasivo	145
------------------	-----

2.1.2.2. El objeto material del delito	147
--	-----

a. La obra	150
------------	-----

b. La prestación literaria, artística o científica	154
--	-----

2.1.2.3. Las conductas típicas	158
--------------------------------	-----

a. Reproducción no autorizada	159
b. Plagio	165
c. Distribución	169
d. Comunicación pública	172
e. Demás actos de explotación económica	178
2.1.2.3. Elementos objetivos comunes a todas las modalidades comisivas.	180
a. Ausencia de autorización del titular	181
b. En perjuicio de un tercero	183
2.1.2.4. El tipo subjetivo	186
a. Dolo	186
b. Elemento subjetivo del injusto: El ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto	189
2.2. Análisis del 270.2 CP. El nuevo Delito de Facilitación de Enlaces y Acceso a Contenidos Ilícitos.	198
2.2.1. Bien Jurídico tutelado	201
2.2.2. Tipo objetivo	202
2.2.1.1. Sujeto activo	203
2.2.2.2. La conducta típica	205

a. La facilitación del acceso o localización de obras en internet	
objeto de propiedad intelectual	205
b. El carácter activo y no neutral de la prestación de servicios	
de localización o acceso	208
c. Ausencia de autorización del titular	209
d. En perjuicio de un tercero	212
2.2.3. Tipo subjetivo	213
a. Dolo	213
b. Elemento subjetivo del injusto: El ánimo de obtener un	
beneficio económico directo o indirecto	215
3. Cuestiones problemáticas de la autoría y participación en los	
delitos contra la propiedad intelectual con posible repercusión	
en la calificación jurídica de los distintos implicados	
en los sistemas P2P	217
3.1. La discutida aplicabilidad de las reglas especiales de autoría y	
participación del artículo 30 CP a los intervinientes en la difusión	
de contenidos en la red.	218

3.2. El controvertido papel de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) a efectos de atribución de responsabilidad penal	224
--	-----

#### **CAPÍTULO IV: LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LAS**

##### **ACTUACIONES DE LOS DISTINTOS INTERVENIENTES**

<b>EN LOS SISTEMAS P2P, POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.</b>	233
--	-----

1. Posible responsabilidad de los usuarios en redes peer to peer.	234
---	-----

1.1. Análisis de Conductas de downloading (reproducción) y uploading (comunicación pública)	237
---	-----

1.1.1. Con relación al 270.1 CP	237
---------------------------------	-----

1.1.2. Posible relevancia penal Conductas de Los Proveedores de enlaces involucrados en los P2P	251
---	-----

2.2. De la responsabilidad penal del Proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes peer to peer.	256
--	-----

<b>CAPÍTULO V. CONCLUSIONES</b>	264
---------------------------------	-----

<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	283
-----------------------------------	-----



## ABREVIATURAS

ACC	Advance Audio Coding de Apple
ADPIC	Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
Art.	Artículo
AA.VV.	Autores varios
BOAI	Budapest Open Acces Initiative
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
CC	Creative Commons
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CD	Compact Disc
Cfr.	Confróntese
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal España

DASI	Directiva para la armonización de determinados aspectos de los derechos de Autor y derechos Afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información
Dir.	Director
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
DSL	Digital Subscriber Line o DSL
Ed.	Editorial
EE.UU	Estados Unidos de América
EFF	Electronic Frontier Foundation
Etc.	Etcétera
FIID	Federación Internacional de la Industria discográfica
FGE	Fiscalía General España
HTML	HyperText Markup Language
IPFI	Federación Internacional de la Industria Fonográfica
ISP	Internet Service Provider – Servidores de Internet
LATINAUTOR	Organización Iberoamericana de Derecho de Autor
LO	Ley Orgánica
LPI	Ley de propiedad Intelectual – España

LSSI	Ley de Servicios 34/2002, de 11 de junio, de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
Mp3	Moving Picture III
Mp4	Moving Picture IV
NII	National Information Infrastructure
OAI-PMH	Open Archives Initiative – Protocol for Metadata Harvesting
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
P2P	Peer to Peer
RIAA	Recording Industry Association of America
SAP	Sala Audiencia Provincial
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores – España
SPA	Sociedade Portuguesa de Autores
StGB	Código Penal Alemán
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLCAN / NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TODA	Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor
TOIEF	Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas

TRLPI	Texto Refundido Ley de Propiedad Intelectual
TS	Tribunal Supremo (España)
UE	Unión Europea
Ult. Vis.	Última Visita.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
Vid.	Véase
WCT	Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor
WMA	Windows Media Audio WMA de Microsoft
WPPT	Tratados sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho penal moderno cobra total importancia el desarrollo de instituciones que generan un reto para la aplicación del Derecho penal vigente y su relación con el avance de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. Tal es el caso de la propiedad intelectual y los recientes y notorios desarrollos que tiene desde la perspectiva de Internet, al punto que ha sido la legislación relativa a esta materia una de las más modificadas en el ámbito del Derecho español en los últimos tiempos, como lo confirman las tres reformas realizadas sobre la misma en los últimos 10 años.<sup>1</sup>

Las novedosas discusiones respecto a su protección desde el punto de vista penal, la responsabilidad de los sujetos por el tráfico de información en la red protegida por derechos de propiedad intelectual y la extensión de esa misma responsabilidad a los proveedores de los servicios, implican retos para la regulación de la institución penal actual, debido a que los desarrollos teóricos convencionales no responden a las nuevas necesidades.

---

<sup>1</sup>GÓMEZ RIVERO, señala que: "(...) con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se introdujo un tipo penal atenuado tanto en relación con los delitos contra la propiedad intelectual (art. 270.1 inciso segundo) como industrial (art. 274.2, inciso segundo) En: GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen. "Novedades de la reforma del Código Penal en materia de propiedad intelectual e industrial", Revista General de Derecho Penal 21 (2014), pp. 1-16, p. 4. En: [www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=414492&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414492&d=1), (Ult. Vis. 02.08.2016). Así mismo, GALÁN MUÑOZ, comenta en este sentido que: "(...) La legislación civil reguladora de los derechos de propiedad intelectual se ha reformado para ampliar su protección jurídica mediante la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, la cual modificó el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI) en lo relacionado con las reproducciones de obras privadas, que anteriormente se consideraban como lícitas y permitidas ahora son tenidas como ilegales. De igual forma la LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, acerca de los delitos destinados a proteger los derechos de propiedad intelectual". En: GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "Comentario de la tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma de la LO 1/2015", En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.); MORALES, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español, t. II*, España: Ed. Aranzadi, 2016, pp.220-261, p. 222.

Si bien se partirá de los referentes civiles que explican los alcances de la propiedad intelectual como institución, el centro de estudio que se aborda en esta tesis doctoral es la protección penal con relación a esta institución y de una manera más específica la valoración penal referida a los nuevos retos que implican los entornos digitales para la misma, abordando asuntos tan complejos y polémicos como la posible responsabilidad penal de los usuarios en el caso de intercambio de archivos en las redes *peer to peer* y la discutible extensión de dicha responsabilidad a los proveedores del servicio en ese mismo tipo de redes.

Desde la orilla de la legislación penal vigente, tendremos la oportunidad de abordar la todavía cercana reforma del Código Penal implementada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de la cual nuevamente se regula lo relativo a los delitos contra la propiedad intelectual y se incluye decididamente un tipo penal específicamente referido a la sociedad de la información como es el de facilitación de enlaces y accesos a contenidos ilícitos (270.2 CP).

La elección del tema no ha sido caprichosa, sino que obedece a contextos propios del desarrollo de la moderna política criminal de los Estados en materia de propiedad intelectual en el entorno digital y a la necesaria evolución del Derecho penal frente a los nuevos desarrollos tecnológicos que la afectan.

La tesis se desarrolla en cinco capítulos claramente definidos. En el primero de ellos se presenta una evolución de la propiedad intelectual y su base filosófica. El Segundo capítulo, realiza una aproximación a la discusión

político criminal sobre la protección penal de la propiedad intelectual con relación a la problemática planteada por la aparición de los sistemas P2P, en el que se tiene en cuenta la cuestión de la globalización bajo un Derecho penal moderno, lo relativo a la normativa internacional que impulsa su protección y las condiciones básicas de los modernos sistemas peer to peer. El Tercer capítulo, se ocupa de los asuntos propiamente técnico-dogmáticos de protección penal de la propiedad intelectual y su incidencia en los sistemas P2P, analizando los tipos penales, en concreto, tanto desde su aspecto objetivo como subjetivo, de los artículos 270.1 CP y el 270.2 CP. El cuarto capítulo profundiza sobre el intercambio de archivos en redes *peer to peer* y la posible responsabilidad penal de los proveedores de servicio. Por último, en el quinto capítulo se presentan las conclusiones a modo de resumen de los principales temas trabajados.

# **CAPITULO I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Entender lo que significa para la protección de las obras el desarrollo del derecho de autor y sus usos y abusos dentro del ámbito comercial y tecnológico obliga necesariamente a efectuar una rápida regresión en el tiempo a fin de identificar lo que ha sido el origen y la evolución del derecho de autor con ocasión de las diferentes tecnologías que han sido utilizadas a lo largo de la historia.

## **1. Breve reseña histórica del surgimiento de la propiedad intelectual**

### **1.1. Primera era del derecho de autor (el manuscrito)**

En el Imperio Romano ya se consideraba ilícita la usurpación de la paternidad de la publicación contra el consentimiento del autor, por lo que se puede presumir la existencia de un derecho moral de autor<sup>2</sup>. Por ello, si bien no existía el concepto de propiedad intelectual que hoy conocemos, se castigaba el plagio y el autor podía decidir sobre la divulgación de su obra<sup>3</sup>.

Así como ponen de manifiesto los escritos de ciertos autores latinos, como Cicerón, Séneca o Marcia, en la antigüedad se percibió, al menos de manera superficial, la noción del derecho patrimonial de autor, cuando el autor obtenía un beneficio económico de su obra y le era respetado. Muestra

---

<sup>2</sup> LATORRE, Virgilio. En este sentido: "(...) según se deduce de textos de Virgilio, Marcial y Quintiliano, en los que López Quiroga ha creído ver la existencia del derecho moral de autor". LATORRE VIRGILIO. Protección penal del derecho de autor, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 1994, p. 23.

<sup>3</sup> LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y derechos conexos. UNESCO, Buenos Aires, 1993 p. 28.



de ello, era que el autor tenía el derecho de ceder su manuscrito<sup>4</sup> a un editor mediando una remuneración<sup>5</sup>.

También, durante la República Ateniense (año 330 a. C.), -nos recuerda LIPSZYC-, se exigía un control a la integridad de la obra, pudiéndose realizar copias exactas de las depositadas en archivos; siempre y cuando se sujetaran al tenor literal de dichas obras<sup>6</sup>.

Por tanto, podría decirse que, si bien ni en Roma ni en Grecia existía una protección como la que hoy conocemos, de todas maneras se empezaba a evidenciar la necesidad de reconocerle al autor una cierta protección<sup>7</sup>.

Posteriormente, las invasiones bárbaras no propiciaron el progreso de la civilización, de tal manera que las producciones intelectuales se hicieron cada vez más raras, llegando incluso a desaparecer. En este período de perturbaciones, las letras y las artes se refugiaron esencialmente en los monasterios. Los creadores de las obras no impostaban el nombre en la obra sino que generalmente se representaban en la orden religiosa, la protección de la obra se encargaba al monasterio<sup>8</sup>. La creación intelectual, en esta época,

---

<sup>4</sup> SANCHIS MARTINEZ, María Trinidad. La lógica interna de los derechos de autor en su configuración histórica: una evolución lineal basada en el soporte. Derechos de Autor, Digitalización e Internet. Editorial Universitas S.A.; Madrid, 2004. p.163

<sup>5</sup> CAVALLI, Jean. Génesis del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Traducción de Juan David Castro García. Dirección Nacional de Derechos de Autor, Colombia, Bogotá, 2006, p. 18.

<sup>6</sup> Vid. LIPSZYC D. op. cit. p. 28.

<sup>7</sup> En este sentido MIRÓ LLINARES, expresa: "(...) creemos, con Dock, que sería un error el pretender que el derecho de autor sobre sus obras surgió repentinamente, pues hay una evolución que va desde un reconocimiento no jurídico y meramente moral (el que pudo existir en Grecia y Roma) (...)". MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Ed. Dickinson, Madrid, 2003, p. 31.

<sup>8</sup>De acuerdo con PABÓN, J. "(...) en el Medievo el reconocimiento de los derechos de autor quedaba en el anonimato, debido a que la creación de las obras en los monasterios era colectiva, se consideraba como un derecho de la abadía por la imposibilidad del

de alguna manera, no encontró un terreno verdaderamente propicio a su desarrollo<sup>9</sup>, mirado desde la actividad comercial.

De modo que el manuscrito refleja un momento histórico de la propiedad intelectual en la que ésta se encuentra ligada con relación a la obra de creación del autor, pero desde un punto de vista más intimista, pese a existir importantes creadores desde la filosofía y el orden eclesiástico, no se pensaba en la obra a escala comercial, es decir, no se buscaba la explotación económica de la obra<sup>10</sup>.

## **1.2. Segunda era del derecho de autor (la imprenta)**

Será con el perfeccionamiento de la imprenta<sup>11</sup> de tipos móviles por Gutenberg<sup>12</sup> de Maguncia en el siglo XV (1455), cuando se empiezan a dejar atrás más de veinte siglos de manifestaciones manuscritas, que, por ser actividades dispendiosas y demoradas, no obligaban a mayores regulaciones de protección por no existir grandes inconvenientes en el control de las obras.

---

reconocimiento en la división de la creación". PABÓN CADAVID, Jhonny Antonio. "Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos", *Revista La Propiedad Inmaterial*, n° 13 (2009), pp. 59-104, p. 65-66, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3135161.pdf> (Últ. Vis. 08.08.2016)

<sup>9</sup> Vid. CAVALLI J. op. cit. pp. 19-20.

<sup>10</sup> Vid. CHIRINÓS RIVERA, Sonia Alicia. "A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor" en *Nuevas Formas de Delincuencia*, PJ, Nro. Especial IX, Madrid, 1988.

<sup>11</sup> LATORRE, V. manifiesta: "La imprenta se convierte enseguida en un medio difusor de ideas, pensamientos y obras literarias (...)". LATORRE, V. op. cit. p. 24; En similar sentido RENGIFO GARCIA, reconoce el valor de la imprenta para el desarrollo del Derecho de autor: "(...) se puede afirmar que el derecho del autor a la explotación de su obra es un fenómeno moderno que comienza a delinearse con la aparición de la imprenta. Ésta "ha producido para la propiedad intelectual, poco más o menos, los mismos efectos que la invención del arado produjo a la propiedad territorial". RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Un Nuevo Reto Del Derecho En La Edad De La Información*. En: *Revista Propiedad Inmaterial*, Nro. 12, 2008. Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2008. p.52, citando a Danvila, *La propiedad Intelectual*, Madrid, 1882, p.44.

<sup>12</sup> Así lo referencia CAVALLI, J.: "Hacia mediados del siglo XV Gutenberg, luego de años de investigación, inventó el proceso de impresión tipográfica. La primera obra conocida, los Salmos de Málense, fue impresa en 1457". CAVALLI, J. op. cit. p. 20.

Con la imprenta, un mayor número de personas empezaban a tener acceso a autores antiguos cuya lectura anteriormente estaba reservada a ciertos humanistas, por lo que los impresores tuvieron inmediatamente que hacer frente a la demanda. Y este incremento de la demanda dio pie a la necesidad de establecer un control a la difusión masiva de las obras, ya no tanto por gestarse un mecanismo de protección como justo reconocimiento a la labor intelectual de los autores, como por el peligro que representaba una tecnología capaz de masificar la difusión de las ideas, que, por supuesto, no era conveniente para la autoridad estatuida.

El autor y el editor se preocuparon de las utilizaciones que terceros podían hacer sobre sus obras, lo que llevó a la solicitud de un amparo oficial para los abusos que se presentaban, surgiendo el sistema de los privilegios.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> RENGIFO GARCIA. explica en qué consiste el sistema de privilegios: "(...) en consecuencia surge el primer sistema de protección conocido con el nombre de sistema de privilegios, el cual consistía en prohibir la reproducción de las obras sin la autorización de la autoridad del soberano. Este, en efecto, concedía a los libreros-impresores el privilegio de explotar de manera exclusiva o monopolística cierta clase de obras". RENGIFO GARCIA, op. cit., p. 54. Por su parte CAVALLI, J. trae una relación sucinta de los primeros privilegios concedidos en distintos países de Europa: El primer privilegio fue concedido el 1 de septiembre de 1469 por la República de Venecia al impresor Jean Da Spira. Luego el 1 de septiembre de 1486 la República de Venecia decretó un privilegio a favor de Marco Coccio de Vicovaro, conocido como "il Sabelico", por la edición de la historia de Venecia. Esta decisión daba al escritor la facultad de escoger un impresor, reconociendo así el derecho exclusivo de reproducción de su obra. En Alemania el primer privilegio parece datar de 1490, entregado al Obispo Henri por un misal de su iglesia en Bamberg; en Francia 1507, Antoine Vérard obtiene un privilegio para la publicación de las epístolas de San Pablo; en Bélgica en 1513, privilegio otorgado para la impresión de un tratado de Richard de Saint Víctor sobre el Apocalipsis; en Inglaterra en 1518 a Richard Pynson, impresor del Rey, para la edición de un Panfleto. *Ibidem*, p. 22. LATORRE, V. nos relata cómo fue en España el primer privilegio: "En España, entre los privilegios más antiguos, es de citar el de Juan Ramírez Escribano en 1503 del Consejo del Reino para la impresión de las pragmáticas que se otorga por 5 años y que consiste en que ningún otro sin su poder puede imprimirlas en el reino ni fuera de él, ni venderlas, so pena de 50.000 maravedíes, la mitad para la cámara y la otra mitad para el dicho Juan Ramírez, y de perder lo que o viene impreso o tuviere para vender con otro tanto para el dicho Juan Ramírez". LATORRE V., op. cit. p. 28.

Los privilegios eran autorizaciones de imprimir en exclusiva obras escritas que el soberano concedía por tiempo limitado a determinados sujetos, que, en un primer momento, no fueron los propios autores, sino los impresores, a quienes el disfrute de ese monopolio temporal les permitía resarcirse de los costes de impresión<sup>14</sup>.

Se obtenía el derecho de impresión exclusiva de la obra, de modo que sin darles derechos propios a los autores, los privilegios se convertían en una garantía, al menos provisional, contra la utilización abusiva de sus obras por impresores y libreros<sup>15</sup> siendo el editor que compraba la obra quien hacía las veces de propietario de la misma.

En efecto, el derecho exclusivo del autor sobre su obra nació como privilegio de imprenta, otorgándole derechos al autor de la obra, lo que, por otra parte, demuestra que la protección de ese poder exclusivo no es anterior al descubrimiento de ese procedimiento en el siglo XVI, ya que fue la imprenta la que, al convertir a la obra en un objeto repetible indefinidamente, la hizo explotable o rentable.

---

<sup>14</sup> Vid. PABÓN CADAVID, Johnny Antonio. De los privilegios a la propiedad intelectual. La protección en Colombia a las obras literarias, artísticas y científicas en el siglo XIX, Editorial: U. Externado de Colombia 2010.

<sup>15</sup> LATORRE, V. aclara que el privilegio concedido a editores y libreros no era el derecho de autor mismo; veamos: “En todo caso el privilegio es un derecho de explotación de la obra misma, pero no supone de una vez el reconocimiento de los derechos de autor o propiedad intelectual: lo que se concede con el privilegio no es un derecho de propiedad intelectual, sino el derecho de explotación económica de la obra, mediante la publicación y venta de los ejemplares multiplicados por su impresión. La ausencia del derecho de propiedad intelectual se advierte con mayor claridad si se tiene en cuenta que los privilegios se establecían generalmente a favor de los editores”. LATORRE, V. op. cit., p. 25. En similar sentido, RENGIFO GARCIA.: “(...) el privilegio no constituyó un derecho de propiedad intelectual, sino más bien un derecho de explotación económica de la obra, mediante la publicación y venta de ejemplares multiplicados por su impresión, dirigido a los editores y no a los autores. El privilegio, en otros términos, se concedía al empresario que editaba la obra, y no a los autores, en relación con determinadas obras y con una duración limitada”. RENGIFO GARCIA. op. cit. p. 54.

El sistema de privilegios que surge a consecuencia del avance tecnológico que significó la imprenta, desarrolló un campo propicio para la concepción de los derechos de propiedad intelectual, pues el invento de la imprenta convirtió las *obras* en *objetos*, al permitir su masiva explotación por parte de terceros.

Hubo que esperar al siglo XVIII, con el Despotismo Ilustrado, para que el privilegio de imprenta fuese concedido al propio autor de manera directa. En dicha etapa, el propio monarca absoluto se convirtió en animador cultural, por lo que decidió premiar a quien, con su esfuerzo, contribuyera al enriquecimiento del acervo cultural común.

La cuestión es cómo habiendo nacido como mero privilegio el derecho de autor logró convertirse en un verdadero derecho subjetivo, reconocido desde el siglo XIX por el propio Código Civil español (arts. 428 y 429 CC) – además por las sucesivas leyes especiales de propiedad intelectual – como una de las clases de propiedad o propiedades especiales.

Pues bien, la afirmación arranca de su propia crisis. Si consiguió reconocerse como verdadero derecho que existe por sí mismo, sin necesidad de concesión discrecional del soberano, fue porque, previamente, el derecho exclusivo del autor sobre su obra estuvo a punto de desaparecer.

Esa amenaza coincidió con la propia crisis del Estado absoluto a fines del siglo XVIII. En ese momento en que se cuestiona el poder monárquico absoluto, se propugna la abolición de los privilegios del Antiguo Régimen y se defiende el libre ejercicio de toda actividad económica, se reclama también la supresión del privilegio de imprenta del autor. Se argumentaba contra él que el

autor pretende un monopolio injustificado sobre las ideas, dado que las ideas son libres desde que se dan a conocer, además de que no pueden ser objeto de un derecho individual, puesto que el individuo las da a la sociedad, que lo forma<sup>16</sup>.

Puede decirse, incluso, que sería el sistema de los privilegios el que daría origen, si bien de manera indirecta, a los derechos patrimoniales de los autores, pues una vez garantizada la rentabilidad de la empresa editora, los editores retribuían económicamente a los autores más prestigiosos, aunque siempre bajo sus condiciones, por lo que se dice que en aquella época el poder de negociación de los autores era mínimo<sup>17</sup>.

El sistema de privilegios tuvo incluso repercusiones en el ámbito penal, pues las autoridades civiles y eclesiásticas lo convirtieron en un medio de censura, para controlar todo lo que se publicara, llegando a castigar severamente a los infractores que podían correr el riesgo de ser ahorcados o estrangulados, manifestación clara de ejercicio de poder por los detentadores del mismo, toda vez que la difusión de algunas obras hubiera podido desequilibrar las instituciones de la época<sup>18</sup>.

El sistema de privilegios tuvo diferente desarrollo y evolución en países como Alemania, Inglaterra y Francia<sup>19</sup>, pero, con carácter general,

---

<sup>16</sup> MARCO MOLINA, Juana. La Formación del Concepto de Derecho de Autor. En: MACIAS CASTILLO, Agustín Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel. (Coords.) El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías. Reflexiones sobre la Reciente Reforma de La Ley de Propiedad Intelectual. Ed. La Ley, Madrid, 2008. pp. 299, 301.

<sup>17</sup> PABÓN CADAVID, J. op. cit.

<sup>18</sup> Como lo pone de manifiesto, por ejemplo, CAVALLI, J. op. cit. p. 23.

<sup>19</sup> CAVALLI, J. trae una breve relación del desarrollo de los privilegios en cada uno de estos países: En Alemania, el principio de la protección intelectual apareció inicialmente en la literatura jurídica de fines del XVII. En un informe fechado en 1690 referente a la impresión de

resulta indiscutible que dio pie a manifestar un nuevo concepto que vincula la personalidad con la propiedad, elemento fundamental del derecho de autor.

El Estatuto Inglés de la Reina Ana, de 1710, es considerado comúnmente como la primera Ley sobre derechos de autor. Durante su debate parlamentario se expresó con claridad la preocupación existente por la implantación de un monopolio perpetuo en esta materia. En consecuencia, la Cámara de los Comunes optó por fijar la misma duración que existía, en aquellos momentos, en Inglaterra para las patentes: catorce años de protección. Ante la presión de los *stationers* la Ley, modificada en la Cámara de los Lores, incorporaba un plazo de prórroga de catorce años adicionales a los catorce iniciales, si el autor continuaba con vida al término del plazo inicial<sup>20</sup>.

El título completo del Estatuto<sup>21</sup> fue *(Una Ley para el fomento del saber mediante la concesión de derechos sobre las copias de libros impresos a sus autores, o sus adquirentes, durante los plazos aquí mencionados)*.

---

libros y los privilegios, Adrian Beber negaba que el privilegio fuera generador de derechos y obligaciones y afirmaba que “el derecho natural, la razón misma invita a cada uno a no tomar lo que no le pertenece”. En Inglaterra, los impresores se beneficiaron, en principio, sólo de los privilegios de impresión, sistema que fue reforzado por los certificados de patentes del 4 de mayo de 1556 que constituyeron la “*Stationer’s Company*”; sólo los miembros de esa agrupación tenían la autorización de imprimir en el Reino de Inglaterra. En 1694 este monopolio fue abolido porque era considerado incompatible con las libertades de información y de prensa. En Francia, los libreros de París disfrutaban plenamente de sus prerrogativas; las publicaciones se realizaban principalmente en la capital, todo lo contrario a lo que ocurría con los libreros de provincia, desequilibrio que hizo surgir una controversia célebre en 1725, en la que se termina pidiendo un reconocimiento de los derechos propios al autor, y luego otras controversias entre libreros y los herederos de los autores llevaría al consejo de Estado del Rey, a expedir unas seis sentencias en 1777 con el propósito de reglamentar la imprenta y en una de esas sentencias se reconoció en la persona del autor y de sus herederos un derecho de propiedad exclusivo y perpetuo sometido a ciertas condiciones. Ver más en: CAVAILLI, J. op. cit., pp. 24-34.

<sup>20</sup> HERRANZ CASTILLO, Rafael y Otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. En: MACIAS CASTILLO, AGUSTÍN Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, MIGUEL ÁNGEL. (Coords.) El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías. Reflexiones sobre la Reciente Reforma de La Ley de Propiedad Intelectual. Ed. La Ley, Madrid, 2008. p. 240,244.

<sup>21</sup> La consecuencia más significativa de la aprobación del Estatuto de la Reina Ana fue la introducción de un término o plazo de duración del copyright, que afectaba a todos los

Es posible explicar el contenido del Estatuto, y de posteriores leyes en la materia en otros países, como un equilibrio entre el interés del público en su conjunto y el interés particular de autores y editores.

Con base en el desarrollo de los privilegios, surgieron diversas normas legales en cada país como es el caso del ya citado Estatuto de la Reina Ana expedido para Inglaterra en 1710<sup>22</sup>, la Real Orden del 20 de octubre de 1764 en España<sup>23</sup>, el Decreto 13 – 19 de enero de 1791 y luego el 19 – 24 de julio de 1793 en Francia<sup>24</sup>; y, el Artículo 1, Sección 8 de la Constitución de 1787,

---

derechos de autor, mientras que antes no había límites a la discrecionalidad de la Corona y los privilegios que podían ser indefinidos. Los derechos atribuidos por esta Ley no beneficiaban sólo a los editores, sino también a los escritores y creadores en general. Este dato es uno de los hitos más significativos en la evolución histórica de la tutela de los derechos de autor. Además, el Estatuto de la Reina Ana introducía, por primera vez, el elemento del interés general como fin primario del *copyright*: el público debía beneficiarse de las creaciones protegidas por la Ley.

<sup>22</sup> RENGIFO GARCIA.: Aporta la siguiente referencia: “El verdadero reconocimiento legal a los autores se inicia en Inglaterra con el Estatuto de la Reina Ana de 1710, el cual tuvo como finalidad fomentar la cultura y el saber (...) *“An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such copies, during Times there inmentioned”* (“Un acta para el estímulo del saber, atribuyendo los ejemplares de sus libros impresos a los autores o cesionarios de tales ejemplares, durante el tiempo en ella mencionado)”. RENGIFO GARCIA. op. cit., pp. 54-55. En similar sentido LATORRE, V.: “El Estatuto de la Reina Ana, “Act of Anna c. 19” de 10 de abril de 1710, es el primer documento legislativo, mediante el que se produce una inversión con respecto al estado anterior: El titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor; también establece plazos en beneficio exclusivo del autor, y distingue entre obra inédita y obra publicada”. LATORRE, V. op. cit., p. 26.

<sup>23</sup> LATORRE, V. expresa: “Durante el reinado de Carlos III se transforman los privilegios por Real Orden de 20 de octubre de 1764 y se reconocen exclusivamente a los autores, se hacen transmisibles y caducan si no se solicita su prórroga; de solicitarla, la propiedad intelectual es perpetua”. *Ibídem*, p. 29.

<sup>24</sup> RENGIFO GARCIA.: Sobre la regulación en Francia, nos cuenta: “La Asamblea Nacional de Francia expidió el Decreto 13 a 19 de enero de 1791 y luego el decreto 19 a 24 de julio de 1793, en los cuales consagró el derecho exclusivo del autor sobre sus obras de ingenio, triunfando la idea según la cual la obra es propiedad de su creador y protegerla es respetar uno de los derechos del hombre de origen natural, preexistente a toda ley, sagrado e inviolable. Es famosa la frase de Le Chapelier, en su intervención a la Asamblea en 1791 para que aprobase la ley: “La más sagrada, la más personal de todas las propiedades es la obra, fruto del pensamiento de un escritor””. RENGIFO GARCÍA. op. cit., p. 56.



en los Estados Unidos<sup>25</sup> que se ocupaban de la consagración y protección de los derechos de autor.

Este contexto explica porque la facultad de conceder el *copyright* a los autores aparece, en la constitución estadounidense, condicionada y ligada a un objetivo: *Promover el progreso de la ciencia*<sup>26</sup>. En concreto, es James Madison quien aparece en la documentación de los trabajos parlamentarios como inspirador del *copyright clause*. Pese a que son conocidas sus ideas antimonopolistas<sup>27</sup> para MADISON, los derechos de propiedad intelectual (DPI) son un monopolio en toda regla, pero un monopolio que, por razones de interés público, merece ser tolerado durante un breve espacio. Una posición más radical era la sostenida por JEFFERSON, para este autor, el libre intercambio de ideas y de expresión no podía ni debía ser restringido, y la simple noción de *propiedad intelectual* le resultaba un contrasentido, la creación no era, a su modo de ver, susceptible de apropiación exclusiva ni podía ser objeto de propiedad como las cosas materiales. El ejemplo de Inglaterra era el de *la única nación del mundo que había puesto un obstáculo a la libre circulación de las ideas*<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> RENGIFO GARCIA. sobre la regulación de Estados Unidos: “La concepción inglesa del derecho de autor influyó en los Estados Unidos al punto que, entre 1783 y 1786, varios Estados sancionaron leyes específicas sobre la materia. La constitución de 1787 en su artículo 1, sección 8 le otorgó al Congreso la facultad “de promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”. *Ibídem*, p. 56.

<sup>26</sup> Como establece la Constitución de los EE.UU. de 1787, en su artículo 1, 8, cláusula 8ª., al señalar que el Congreso tendrá la facultad de promover el progreso de las artes útiles y de las ciencias garantizando, durante plazos limitados, a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritores y descubrimientos.

<sup>27</sup> MADISON, JAMES. On copyrighting Thomas Jefferson's memoirs. Posted January 30, 2013 by Terry Hart., En: <http://www.copyright.com/2013/01/james-madison-on-copyrighting-thomas-jeffersons-memoirs/> (Ult. Vis. 13.01.2017).

<sup>28</sup> Vid. HERRANZ CASTILLO y otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. op. cit. pp. 240,244.

En cualquier caso, y con carácter general se dictaron leyes internas en materia de derecho de autor, pero éstas sólo protegían al autor nacional y no al extranjero, lo que provocó que las obras más utilizadas fueran, por tanto, las extranjeras, dado que no gozaban de protección y su utilización resultaba más económica. Este hecho llevó a los gobiernos a suscribir tratados bilaterales para lograr una protección mutua de las obras y sus autores, y, por otra parte, y de forma paralela; la creciente universalidad del derecho de autor llevaría a la necesidad de establecer una normatividad internacional.

Los países europeos, de hecho, lideraron la consolidación de un convenio multilateral que rigiera las relaciones entre los países en materia de protección a las obras del intelecto humano.

Así, el 9 de septiembre de 1886 se firmó el “Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”<sup>29</sup>, convenio que, hoy por hoy, sigue siendo la normativa internacional de protección más importante para las obras literarias y artísticas del que forman parte España y más de 150 países en el mundo<sup>30</sup>. Es un instrumento muy importante para los autores, pues permite, ni más ni menos, que éstos se encuentren protegidos en todos estos países sin mayores requisitos<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Los países firmantes del convenio de Berna, el 9 de septiembre de 1886 fueron: Alemania, Bélgica, España, Francia, Gran Bretaña, Haití, Italia, Liberia, Suiza y Túnez.

<sup>30</sup> Este Convenio internacional obliga a todos los Estados firmantes a reconocer ciertos derechos, al menos en un nivel mínimo homogéneo, y a proteger las obras y los autores nacionales de los países de la Unión en la misma medida que a los suyos propios (principio de trato nacional). También protege a los autores extranjeros que tengan su residencia habitual en algún país de la Unión. fue ratificado por España el 2 de julio de 1973.

<sup>31</sup> Los tres principios básicos son: a) Las obras originarias de uno de los Estados Contratantes (es decir, las obras cuyo autor es nacional de ese Estado o que se publicaron por primera vez en él) deberán ser objeto, en todos y cada uno de los demás Estados Contratantes, de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales (el principio del "trato nacional") b) La protección no deberá estar subordinada al cumplimiento de formalidad alguna (principio de la protección "automática") c) La protección es independiente de la existencia de

Por otra parte, a principios del siglo XX comenzó un largo proceso de trabajos legislativos para reformar la legislación norteamericana sobre derecho de propiedad intelectual. En el proyecto se afirmó de forma explícita que el *copyright* no existe primariamente para el beneficio del autor, sino ante todo en beneficio del público en general; y que cualquier legislación sobre el tema debe generar unas ventajas colectivas que contrapesen los males de un monopolio temporal. Por fin la *Copyright Act* de 1909 mantuvo la fórmula dual de cómputo tradicional en EE.UU. (e Inglaterra), ampliando, sin embargo, la duración de los derechos de *copyright* a un plazo inicial de veintiocho años desde la publicación de la obra, susceptible de ser renovado por un plazo adicional de otros veintiocho años.

Este sistema (un plazo inicial limitado, más la posibilidad de ampliarlo a instancia del titular)<sup>32</sup> se mantuvo vigente durante varias décadas, coincidiendo con un período de fuerte expansión de los derechos de propiedad intelectual, primero en un contexto de acelerado crecimiento económico (en el período de entreguerras), y después en uno de conflicto internacional, marcado por la Segunda Guerra Mundial y los profundos cambios que ésta introdujo en las relaciones internacionales.

---

protección en el país de origen de la obra (principio de la "independencia" de la protección). Empero, si en un Estado Contratante se prevé un plazo más largo de protección que el mínimo prescrito por el Convenio, y cesa la protección de la obra en el país de origen, la protección podrá negarse en cuanto haya cesado en el país de origen. Ha tenido una serie de revisiones: 1) La Revisión de Berlín del 13 de noviembre de 1908; 2) La Revisión de Roma del 2 de junio de 1928; 3) La Revisión de Bruselas del 26 de junio 1948; 4) La Revisión de Estocolmo del 14 de julio de 1967; y, por último, 5) La Revisión de París del 24 de Julio 1971 y su enmienda del 28 de septiembre de 1979

<sup>32</sup> Vid. HERRANZ CASTILLO y otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. op. cit. pp. 240-244.

Sin embargo, en 1961 el *Register of Copyright* preparó un informe para el Congreso, sentando las bases de una nueva reforma en profundidad de la legislación sobre propiedad intelectual.

La *Copyright Act*, finalmente aprobada en 1976, fue, por tanto, el resultado de 15 años de trabajos parlamentarios, y supuso un profundo cambio en la regulación de los derechos de propiedad intelectual en EE.UU. De hecho representó un verdadero cambio de paradigma. De promover las artes y las ciencias desde la perspectiva del interés público, como era tradicional, se pasó a proteger los intereses particulares de los titulares de derechos. Pero es más, si diferenciamos dentro del colectivo de titulares, la Ley de 1976 se tradujo en una serie de mejoras significativas para las empresas productoras y editoras, en detrimento de los artistas y creadores.

La *Copyright Act* incorporó aspectos del sistema de protección de estos derechos propio del Convenio de Berna, incluyendo la forma de computar los plazos que éste establece. A saber, la protección se otorgaba desde el mismo momento de la creación de la obra (no desde su publicación o registro), y se prolongaba hasta los cincuenta años después de la muerte de su autor. Esta norma se aplicó a todas las obras creadas a partir del 1 de enero de 1978.

La *Copyright Act* incorporó por primera vez en EE.UU., de forma expresa, una relación de tipos de obras protegidas (literarias, musicales, audiovisuales, gráficas y pictóricas, teatrales...), y un listado de los derechos que sus titulares tenían sobre ellas (reproducción, adaptación, distribución, comunicación pública). Asimismo, introdujo una regulación pormenorizada (y según algunos autores, restrictiva) de los supuestos de *fair use*, que suponen

usos no autorizados, pero lícitos, de una obra protegida. Sin embargo, esta Ley no supuso una plena homologación con el sistema del Convenio de Berna, ya que la legislación de EE.UU. seguía exigiendo requisitos formales para la protección de las obras originales a través del *copyright* (por ejemplo, llevar el aviso © en lugar visible)<sup>33</sup>

Como hemos podido comprobar, se puede decir que el impacto social y económico de la imprenta fue colosal y el Derecho – siempre pausado – tardaría mucho en *digerirlo*. Hicieron falta varios siglos desde la aparición de dicho mecanismo de reproducción para que el tosco sistema de privilegios y su siniestra compañera, la censura, dieran paso a un sofisticado derecho de autor, apoyado en la libertad de expresión. Esta secular evolución es muy significativa y revela notables diferencias entre el cambio ideológico y tecnológico.<sup>34</sup>

Cabe concluir que la imprenta significó la revolución tecnológica más importante en su momento para la evolución de la propiedad intelectual así como generó mayores posibilidades para su vulnerabilidad. El sistema de privilegios, dio inicio a la evolución normativa del reconocimiento de la propiedad intelectual tal como se le conoce hoy.

A esta primera revolución tecnológica han correspondido otros innumerables desarrollos propios de los avances industriales y tecnológicos de las sociedades modernas, así como las discusiones de los Estados para la valoración de la propiedad intelectual como bien colectivo cultural o de protecciones exclusivas para su creador. Lo cierto es que la legislación nunca

---

<sup>33</sup> Vid. información de la U.S. Copyright Office, disponible en: [https://www.copyright.gov/fls/fl100\\_s.html](https://www.copyright.gov/fls/fl100_s.html) (Últ. Vis. 2/05/2017)

<sup>34</sup> CASAS VALLÉS, Ramón. Propiedad Intelectual. En: PEGUERA POCH, Miquel. (coord.) Derechos y nuevas tecnologías. Ed. UOC, Barcelona, 2005. pp. 289, 290.

ha podido tomar la delantera ni mucho menos estar al ritmo de la gama de desafíos que representa la evolución tecnológica, con lo que desde ya puede afirmarse que los desarrollos en esta área no van de la mano con las respuestas legislativas ni la de los países abanderados ni la de los órganos multilaterales, pues generalmente la legislación toma tiempo en adaptarse a las evoluciones tecnológicas.

### **1.3. Tercera era del derecho de autor (digital)**

La revolución tecnológica de las sociedades industrializadas y la globalización misma han permitido que los desarrollos de tecnología estén presentes prácticamente en la aldea global, aunque con diferente impacto acorde con el nivel de desarrollo económico de cada país, así como la imprenta de Gutenberg es la primera gran revolución para la propiedad intelectual, la masiva implantación y utilización de la Internet es la gran revolución vigente, en lo que incluso se ha dado en denominar la era digital, para los derechos de propiedad intelectual<sup>35</sup>.

*“La aparición de la tecnología digital y de las redes digitales (de momento, la que todos conocemos como Internet) ha sido el último revulsivo al*

---

<sup>35</sup> “La expansión del Internet en los años noventa llevó aparejado el surgimiento de un nuevo método para difundir contenidos ilegales o dañosos, tales como pornografía infantil o discursos racistas o xenófobos. Serán justamente las conductas vinculadas a la difusión de contenidos ilícitos las que más pueden aprovecharse de la enorme implantación que tiene la Red a nivel mundial, así como de sus características técnicas, que van a dificultar su descubrimiento, persecución y prueba. En este período también se consolida la dependencia que los gobiernos y organismos internacionales tienen de los sistemas informáticos, tanto para su correcta organización como para el almacenamiento de datos importantes y/o secretos, lo que les pondrá en el punto de mira para la comisión de delitos que atentarán contra la Seguridad del Estado, dentro del concepto genérico de terrorismo a través de la Red”. HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre. Capítulo 2. Aproximación a un concepto de Derecho penal informático. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, Norberto José (Coord.). Derecho Penal Informático. Ed. Arazandi, Navarra, 2010, p. 35.

*que se ha visto sometido el apacible sistema de derecho de autor. Algunos auguraban (y todavía auguran - o mejor, desean) su desaparición. Pero la verdad es que - gracias a la rápida intervención (o debería decir, al enorme poder) de los titulares de obras protegidas-, en los últimos años hemos sido testigos de la aparición de nuevas formas a todos los niveles para asegurar la protección del derecho de autor frente a la tecnología digital, y su supervivencia en Internet*<sup>36</sup>

Las nuevas tecnologías han generado y permitido la posibilidad de obtener información y productos de otras partes del mundo, respecto de los cuales, ni se pensaba en la posibilidad de acceder, en algunos casos ni se tenía conocimiento de su existencia. El concepto de Internet<sup>37</sup> ha desarrollado toda una serie de elementos que han permitido generar un contacto directo entre usuarios y su interacción con otras personas les ha llevado a compartir información que está protegida por los derechos de propiedad intelectual sin que los usuarios le den mayor trascendencia, pese a las consecuencias jurídicas que pudiera tener.

Los derechos de propiedad intelectual van teniendo un importante campo de expansión dentro del Derecho comercial internacional, se observa en todas las negociaciones de comercio la incursión del tema de la propiedad intelectual y particularmente con la conformación de la Organización Mundial de Comercio OMC y su Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de

---

<sup>36</sup> XALABARDER, Raquel. Infracciones de propiedad intelectual y la *Digital Millenium Copyright Act*. En: MORALES PRATS, Fermin Y MORALES GARCÍA, Oscar (Coords.) *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 119.

<sup>37</sup> BERMAN, Jason. Guía sobre uso de los derechos de autor, y los otros derechos de propiedad intelectual y la seguridad para entidades académicas. En: <http://www.ifpichile.cl/archives/ent.pdf> (Ult. Vis. 20.08.2015)

Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, en abril de 1994. Este acuerdo incorporó básicamente las disposiciones del Convenio de Berna y, por supuesto, normas relativas a los titulares de los denominados derechos conexos. Este nuevo desarrollo resultó ser de gran importancia pues no sólo se reitera un esquema de protección a los creadores, sino que se crean mecanismos para que la protección sea efectiva<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Además de exigir la observancia de las normas fundamentales del Convenio de Berna, del Acuerdo ADPIC se resalta: En el párrafo 2 del artículo 9 se confirma que la protección del derecho de autor abarca las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. En el párrafo 1 del artículo 10 se establece que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). Confirma asimismo que la forma en que se presente el programa, ya sea programa fuente o programa objeto, no afecta a la protección. Confirma, en fin, esa disposición que el plazo general de protección de 50 años es aplicable a los programas de ordenador. En el párrafo 2 del artículo 10 se aclara que las bases de datos y demás compilaciones de datos o de otros materiales serán protegidas como tales mediante el derecho de autor, aun cuando las bases de datos incluyan datos que como tales no estén protegidos por el derecho de autor. En el artículo 11 se dispone que, al menos respecto de los programas de ordenador y -en determinadas circunstancias- las obras cinematográficas, los autores tendrán el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor. De conformidad con la norma general contenida en el párrafo 1) del artículo 7 del Convenio de Berna, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, la protección durará mientras viva el autor y 50 años después de su muerte. En el artículo 13 se dispone que los Miembros circunscriban las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Las disposiciones sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión figuran en el artículo 14. Con arreglo al párrafo 1 de dicho artículo, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir la fijación sin su autorización de sus interpretaciones o ejecuciones (por ejemplo, la grabación de una ejecución musical en directo). El derecho de fijación únicamente abarca las grabaciones sonoras, no las audiovisuales. Los artistas intérpretes o ejecutantes deben también poder impedir la reproducción de tales fijaciones. Tendrán asimismo la facultad de impedir la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público, sin su autorización, de sus interpretaciones o ejecuciones en directo. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, los Miembros han de otorgar a los productores de fonogramas el derecho exclusivo de reproducción. Además, en virtud del párrafo 4 del mismo artículo, han de otorgar el derecho exclusivo de arrendamiento por lo menos a los productores de fonogramas. En virtud del párrafo 3 del artículo 14, los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir que, sin su autorización, se proceda a la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como a la comunicación al público de sus emisiones de televisión. La duración de la protección es, como mínimo, de 50 años para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y de 20 años para los organismos de radiodifusión (párrafo 5 del artículo 14). En el párrafo 6 del artículo 14 se dispone que, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma.



De la piratería física en la industria editorial y fonográfica en la que otros desarrollos tecnológicos también tuvieron mucho que ver (fotocopiadoras, videocaseteras, videograbadoras, etc.) se pasó a la piratería digital de las mismas obras que ya venían protegidas por innumerable normativa nacional e internacional, pero que encontraron un nuevo medio de distribución masiva o puesta a disposición o comunicación como la internet que rompía con las fronteras de lo físico entre los Estados, para crear un impacto global que obligaba a una atención de la nueva fuente de problemas por parte de los Estados con una mayor necesidad de protección, precisamente por su mayor cantidad de aporte a dicha industria<sup>39</sup>.

En 1995, la industria musical, cinematográfica y del software norteamericana inició su campaña para asegurar la protección de sus intereses en Internet; el resultado fue un Libro Blanco sobre *Propiedad Intelectual y la Infraestructura de la Información Nacional*, en el cual los servidores de Internet (*ISP*) aparecían como los principales responsables por todas las infracciones de propiedad intelectual que sus usuarios cometieran en Internet. Desde el punto de vista de las industrias *de contenido*, era lógico mantener esta opinión, ya que, sin duda, los servidores son más fáciles de identificar y localizar que los infractores individuales y tienen mayor solvencia económica para indemnizar por las infracciones ocurridas<sup>40</sup>.

Rápidamente, los servidores de Internet se organizaron, en la *Ad Hoc Copyright Coalition*, para contrarrestar tal medida y consiguieron hacer fracasar

---

<sup>39</sup>ESPIN CANOVAS, Diego. "La protección del derecho moral de autores y artistas intérpretes o ejecutantes de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987." *Revista General de Legislación* N.º. 4, 1988, p. 592.

<sup>40</sup> XALABARDER, Raquel. Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act. En: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/> (Últ. Vis. 20.08.2015)

la NII<sup>41</sup> (*National Information Infrastructure*)<sup>42</sup>. Entonces, la Administración Clinton trasladó su batalla al ámbito internacional. Propuso la introducción de tales medidas en el marco de la conferencia diplomática en el seno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) que debatía (tras 5 años de reuniones) diversas actualizaciones puntuales (técnicas) del lenguaje del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. El resultado fueron dos *Tratados de la OMPI* de diciembre de 1996 (uno sobre los derechos de autor y otro sobre derechos conexos), conocidos como *Tratados de Internet* (que ya ha alcanzado el número de ratificaciones de 30 Estados exigido para su entrada en vigor).

Acto seguido, en los Estados Unidos se empezó a trabajar en la implementación de tales Tratados a la legislación norteamericana, aprovechando para introducir también el consenso al que llegaron la industria de contenidos y los servidores sobre responsabilidad por infracciones de propiedad intelectual en Internet (y que había quedado excluido de los Tratados).

El 28 de octubre de 1998, el Presidente Clinton firmó la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* que modificaba el *Copyright Act* en diversos puntos, con el objetivo de adaptarla a la explotación y protección de las obras

---

<sup>41</sup> CUERVO, Miguel y VERAS, Enmanuel.: expresan que: “(...) el término “infraestructura de la información” tienen un significado expansivo, debido a que incluye algo más que las instalaciones físicas utilizadas para transmitir, almacenar, procesar y mostrar voz, datos e imágenes. Esta infraestructura comprende todo un equipamiento que incluye cámaras, captadores de imagen, teclados, teléfonos, faxes, ordenadores, conmutadores, discos compactos, grabadoras de audio y video, cable, hilo, satélites, líneas de transmisión de fibra óptica; las cuales están inmersas en todo un marco de gestión estratégica de datos administrado por el gobierno”. CUERVO, Miguel y VERAS, Enmanuel, *Infraestructura Nacional de Información (NII)*, En <http://miguel-cuervo.blogspot.com.co/2012/02/infraestructura-nacional-de-informacion.html> (Últ. Vis. 08.08.2016).

<sup>42</sup> CASAS VALLÉS, Ramón Y XALABARDER PLANTADA, Raquel. *Propiedad Intelectual*. En: PEGUERA POCH, Miquel. (coord.) *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2010. pp. 444 – 521.

protegidas a través de Internet. Los ISP, la industria de software, la industria cinematográfica y de la música apoyaron (consensuaron) su adopción. La comunidad académica y científica, sin embargo, quedó con sentimientos contradictorios al respecto<sup>43</sup>.

Algunos autores, en el ámbito europeo comunitario, han hablado de *extralimitación* y de *expansión* del *copyright* fuera de sus fronteras tradicionales, invadiendo territorios que antes no le eran propios; de un reequilibrio de los intereses en juego, concentrando los derechos de propiedad intelectual legalmente tutelados en manos de los productores industriales, y no de los creadores; y el riesgo cierto de acentuar los caracteres monopolistas del *copyright* no sólo en el sector del ocio, sino también en el terreno del conocimiento y de la cultura.<sup>44</sup>

Una respuesta frente a este riesgo monopolista lo ofrecen los proyectos e iniciativas de *acceso abierto* (Open Access). El concepto de acceso abierto hace referencia a las iniciativas que promueven el acceso libre por el máximo número de usuarios, sin restricciones, a todos los trabajos elaborados por la comunidad científica. En este contexto, acceso abierto no es sinónimo de gratuito, sino que se refiere a la puesta a disposición de los usuarios, sin excepción, de las obras científicas, para acceder a ellas y para usarlas libremente en ciertas condiciones<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> XALABARDER, Raquel. Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act. En: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/> (Ult. Vis. 18.01.2017)

<sup>44</sup> Las iniciativas open access en Propiedad intelectual. Disponible en: [http://www.eoi.es/wiki/index.php/Las\\_iniciativas\\_open\\_access\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Las_iniciativas_open_access_en_Propiedad_intelectual) (Ult. Vis. 18.01.2017)

<sup>45</sup> La Budapest Open Access Initiative (BOAI) de febrero de 2002 señala que “por acceso abierto a la literatura (científica), entendemos su disponibilidad gratuita en Internet, para que cualquier usuario la pueda leer, descargar, copiar, distribuir o imprimir, con la posibilidad de

La iniciativa de *Acceso Abierto de Budapest* (*Budapest Open Access Initiative OAI*) nace para coordinar los esfuerzos que se realizaban en diversos países en esta materia. Un aspecto fundamental es el diseño de un protocolo que permita la interoperabilidad de los diferentes archivos digitales, poniendo en común sus contenidos. La interoperabilidad es un rasgo característico de estos proyectos. Cuando el protocolo es utilizado por motores de datos como motores de búsqueda, éstos pueden procesar los datos de archivos separados como si residiesen en un mismo archivo. El mecanismo que actualmente se emplea por la mayoría de los archivos abiertos es el *protocolo OAI-PMH*. (*Open Archives Initiative – Protocol for Metadata Harvesting*) utilizado para la transmisión de metadatos en Internet.<sup>46</sup>

La evaluación del impacto de la obra de los científicos partía de su presencia en estas publicaciones, y se medía a través de índices, como el *ScienceCitationIndex*, el *Social ScienceCitationIndex* o el *Arts&HumanitiesCitationIndex*. A cambio de dar difusión a los trabajos científicos, las revistas exigían a los autores una cesión de sus derechos de propiedad intelectual, en ocasiones con carácter de exclusividad. Como ejemplo, hasta la expansión del Internet las bibliotecas universitarias estaban

---

buscar o enlazar al texto completo, recolectar los artículos para su indexación, pasarlos como datos para software o utilizarlos para cualquier otro propósito legítimo, sin más barreras financieras, legales o técnicas que aquellas que supongan acceder a Internet. El único límite a la reproducción y distribución de los artículos publicados y la única función del copyright en este marco, no puede ser otra que garantizar a los autores el control sobre la integridad de su trabajo y el derecho a ser reconocido y citado.

<sup>46</sup> Iniciativa de Budapest para el Acceso Abierto. Disponible en: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation> (Últ. Vis. 18.01.2017)

obligadas, para dar soporte a la investigación en sus instituciones, a invertir importantes recursos en la adquisición de publicaciones<sup>47</sup>.

La aparición de las publicaciones en línea ha generado una nueva dificultad: Las editoriales ya no venden las obras académicas, sino que otorgan licencias de uso, facilitando el acceso temporal a esos contenidos mientras dura la suscripción. Finalizada ésta, se plantan nuevos problemas de integridad de los fondos documentales. Universidades de prestigio, como la Harvard, han reconocido tener dificultades para garantizar el acceso a la información científica global a sus usuarios<sup>48</sup>.

Una alternativa al modelo tradicional de protección de la propiedad intelectual, es la que ofrece precisamente el movimiento de *Open Access* (acceso abierto) del que hemos hablado, que se ha ido perfilando a través de estos últimos años, mediante diferentes textos internacionales, como una nueva fórmula de distribución de las obras científicas y creativas y de acceso a la cultura<sup>49</sup>.

Al hablar de acceso abierto (o acceso libre) se suele hacer referencia a tres documentos de gran importancia, que suponen hitos destacados en el

---

<sup>47</sup> Este modelo plantea problemas importantes: el elevado volumen de producción científica y académica hace imposible abarcar la información sobre cualquier área de conocimiento en su totalidad; la competencia entre investigadores por publicar en las revistas con mayor índice de impacto es creciente; y finalmente el incremento de precios de estas revistas, por encima de la inflación media, provoca una tensión insostenible en los presupuestos de las bibliotecas.

<sup>48</sup> Vid. HERRANZ C. y Otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. op. cit. pp. 240,244.

<sup>49</sup> Vid. RIOS RUIZ, Wilson Rafael. Aspectos Legales del Software Libre o de Código Abierto (Open Source). En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en "Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática" Universidad de los Andes, Ed. Legis, Bogota, 2005. pp. 503-553.

desarrollo de este movimiento. Son las Declaraciones de Budapest<sup>50</sup>, de Bethesda<sup>51</sup> y de Berlín<sup>52</sup>.

La *Declaración de Budapest* (14 de febrero de 2002) surgió como consecuencia de un encuentro internacional que había tenido lugar en diciembre del año anterior, con el objetivo de acelerar el ritmo de iniciativas que estaban surgiendo para hacer accesibles gratuitamente en Internet los artículos de investigación en cualquier ámbito científico.

Las estrategias propuestas en la *Declaración de Budapest* han venido a ser conocidas como la *ruta verde* (autoarchivo en repositorios de acceso abierto) y la *ruta dorada* (revistas en línea de acceso abierto)<sup>53</sup>.

Para desarrollar la *ruta verde* definida en la *Declaración de Budapest*, a través del procedimiento de autoarchivo (dejando al margen a las revistas en línea), la herramienta básica es el repositorio institucional. Los materiales en dominio público juegan un papel muy limitado en esta iniciativa, ya que a menudo han de contar con una determinada antigüedad. Por ello, dos

---

<sup>50</sup> Budapest Open Access Initiative. (s.f.). Diez años desde la *Budapest Open Access Initiative*: hacia lo abierto por defecto. En: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/spanish> (Ult. Vis. 15.08.2015)

<sup>51</sup> BETHESDA. Declaración de Bethesda sobre Publicación de Acceso Abierto. En: [http://ictlogy.net/articles/bethesda\\_es.html](http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html) 2003. (Ult. Vis. 15.08.2015)

<sup>52</sup> BERLÍN. La Universidad de Valladolid se adhiere a la Declaración de Berlín sobre el Acceso Abierto. En: <http://uvadoc.blogs.uva.es/tag/declaracion-de-berlin/> 2013. (Ult. Vis. 15.08.2015)

<sup>53</sup> En el desarrollo de este movimiento confluyen diferentes factores: a) El desarrollo de Internet facilita la comunicación inmediata de las obras de todo tipo, y el acceso a ellas por parte del público interesado, lo que redundará en ventajas decisivas para los investigadores, en su faceta de usuarios (para conocer trabajos de otros colegas) y en su faceta de autores (dando a conocer sus propios trabajos en la red). b) Esta mayor accesibilidad beneficia también a las instituciones, que pueden contar con un mayor volumen de información disponible, y con medios idóneos para buscar en la red esta información, procesarla en la forma deseada, y ganar valor añadido. c) Las instituciones públicas y privadas que soportan la investigación, y que la financian, cuentan con nuevos métodos de controlar la calidad y el impacto de las obras científicas, a la vez que pueden gestionar sus recursos de forma óptima. VERCELLONE, CARLO. Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo. Capitalismo cognitivo propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: traficantes de sueños, 2004. pp. 63, 74.

colectivos son especialmente importantes,<sup>54</sup> los autores de obras originales que las archivan o cuelgan en ellos, cediendo algunos derechos de propiedad intelectual, y las entidades que gestionan la circulación y difusión de estas obras.

Cuando el autor de la obra es titular de los derechos de propiedad intelectual sobre ella, y los cede para su libre difusión y uso, no plantea, como regla general, ningún problema de propiedad intelectual al ponerla a disposición del público. Una herramienta fundamental en este aspecto son las licencias *libres*, entre las que se encuentran las conocidas licencias *Creative Commons*. Su propósito es dotar de herramientas jurídicas a quienes desean ampliar el dominio público con obras modernas. Existen una serie de licencias, cada una con diferentes configuraciones, como el derecho del autor original a dar libertad para citar su obra, reproducirla, crear obras derivadas, ofrecerlo públicamente, y con diferentes restricciones como no permitir el uso comercial o respetar la autoría original<sup>55</sup>.

Los repositorios son sistemas de información que reúnen, preservan, divulgan y dan acceso a la producción intelectual de una comunidad (por

---

<sup>54</sup> Un elemento clave en esta política lo componen los incentivos al autoarchivo de las obras de los investigadores: si éstos no toman la iniciativa de poner sus obras a disposición del público en acceso abierto, no podrán conseguirse los objetivos pretendidos.

<sup>55</sup> Este tipo de licencias ofrece algunos derechos a terceras personas bajo ciertas condiciones. Hay cuatro criterios o factores que delimitan las diferentes opciones del autor : Reconocimiento (Attribution): El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceras personas si se muestra en los créditos; No comercial (*Non Commercial*): El material original y los trabajos derivados pueden ser distribuidos, copiados y exhibidos mientras su uso no sea comercial; Sin Obra Derivada (*No Derivate Works*): El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido, pero no se puede utilizar para crear un trabajo derivado del original; Compartir Igual (*Shake Alice*): El material creado por un artista puede ser modificado y distribuido, pero bajo la misma licencia que el material original. Sentencia Nro. 405/2009, De 22 Julio, Ap De Leon Sección 1ª (Jur 2009, 361980) Ponente Dr. D. Ricardo Rodríguez Lopez. Sentencia 3 Septiembre 2010, Nro. 245/2010, Ap Badajoz (Sección 2ª) (Ac 2010,1362) Recurso De Apelación Nro. 179/2010. Ponente Sr. D. Fernando Paumard Collado.

ejemplo, de una comunidad universitaria). Un repositorio digital institucional es un conjunto de servicios que esa comunidad ofrece a sus miembros para la gestión, preservación, acceso y difusión por Internet de los materiales digitales creados por la institución y por sus miembros. Los repositorios cumplen diversos objetivos, en entre los que se destacan que todos los archivos estén en una misma base de datos, haya libre acceso, se preserve la información a largo plazo, entre otros<sup>56</sup>.

En junio de 2003 se reunieron en *Bethesda (Maryland, EE.UU.)* numerosos representantes de diferentes sectores de la investigación científica. Este evento dio lugar a una Declaración en la que se definen las publicaciones de acceso abierto por el cumplimiento de dos condiciones:

“1. El/los autor/es y el/los propietario/s de los derechos de propiedad intelectual otorgan a los usuarios un derecho libre, irrevocable, universal y perpetuo de acceso y licencia para copiar, utilizar, distribuir, transmitir y presentar el trabajo públicamente, y hacer y distribuir obras derivadas, en cualquier soporte digital para cualquier finalidad responsable (...)

2. Una versión completa de la obra y todos los materiales suplementarios, incluyendo una copia de los permisos citados anteriormente, en un formato electrónico estándar apropiado se depositará de forma inmediata a la publicación inicial en al menos un repositorio en línea apoyado por una institución académica, una sociedad de intelectuales, una agencia

---

<sup>56</sup> Vid. HERRANZ CASTILLO, Rafael y Otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. op. cit. p. 19. La promoción del acceso a la cultura, el fomento de la investigación académica y de la creación intelectual (art. 44 CE); el desarrollo de la ciencia, la técnica, y la cultura (art. 1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades); La difusión del conocimiento humanístico y científico, y La conservación del patrimonio cultural de la nación (art. 46 CE, y Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).



gubernamental, o cualquier otra organización debidamente establecida que persiga facilitar el acceso abierto”<sup>57</sup>.

La tercera Declaración internacional es la de *Berlín*, adoptada en octubre de 2003, en la Conferencia sobre acceso libre al conocimiento en las ciencias y humanidades. En ella se pone especial énfasis en la promoción del uso de Internet como herramienta al servicio del conocimiento humano, recogiendo las definiciones adoptadas en *Bethesda*.

Algunos autores han hablado de *liberación de la información* para referirse al movimiento de acceso abierto. La discusión entre el acceso abierto y el *acceso propietario* es reflejo de un vivo debate de fondo sobre la tutela de los derechos de los autores, sobre las diferentes concepciones de estos derechos, y sobre las diferentes políticas de defensa de la propiedad intelectual.

Otra iniciativa social de gran alcance, que se presenta como alternativa al *copyright* propietario o monopolista, es el movimiento *copyleft*. Se trata, en su origen, de una expresión jurídica que surge paralelamente al concepto de *software* libre. Ambos términos aparecen en los años setenta, en los EE.UU., en el marco suministrado por la cultura *hacker* (como una alternativa a la industria informática que empieza a crecer), actualmente existen decenas de miles de obras *copyleft*.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibídem*.

<sup>58</sup> La definición más conocida de software libre es la de RICHARD STALLMAN, que lo caracteriza en función de las Cuatro Libertades que puede ejercer su receptor/usuario: LIBERTAD 0: poder usar la obra sin ninguna restricción; LIBERTAD 1: poder estudiarla y adaptarla a necesidades particulares; LIBERTAD 2: poder redistribuir cuantas copias se desee; y LIBERTAD 3: poder mejorarla y publicar las mejoras. M. STALLMAN, RICHARD. Software

El primer elemento del *copyleft* es una licencia legal específica, abierta y flexible, que en lugar de reservar los derechos al autor pone la obra a disposición de todos. Pero debe evitarse que un tercero pueda apropiarse de las versiones o modificaciones posteriores. Para ellos se desarrolló un nuevo tipo de licencia de propiedad intelectual, por la cual el titular original transfiere todos sus derechos sobre la obra, con la condición de que los usuarios, sin excepción, permitan también a terceros el uso, copia, modificación y distribución de la obra sin restricciones<sup>59</sup>.

Al régimen de monopolio y explotación exclusiva de los derechos de propiedad intelectual propuesto por los modelos de desarrollo de la OMC impulsado por los países occidentales de importancia industrial y macroeconómica se oponen las tendencia de liberación de la obra y la relativización de los DPI a través de estrategias de Open Acces o copyleft, demostrando que los momentos evolutivos de la propiedad intelectual superan los del reconocimiento absoluto como un derecho de propiedad individual a su reconocimiento colectivo y social, y también en esta era digital, el punto de tensión parece el mismo: El monopolio de explotación exclusiva o la liberación de estos derechos como bien cultural colectivo.

Si bien los Derechos de propiedad intelectual surgieron históricamente para proporcionar incentivos a la creación de obras originales, permitiendo el favorecimiento del progreso artístico y científico, el tratamiento legal que

---

libre para una sociedad libre. Madrid: Queimada Gráficas. En: [https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free\\_software.es.pdf](https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free_software.es.pdf) (Ult. Vis.15.07. 2015)

<sup>59</sup> Vid. RIOS RUIZ, Wilson Rafael. Aspectos Legales del Software Libre o de Código Abierto (Open Source). En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en "Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática" Universidad de los Andes, Ed. Legis, Bogotá, 2005. Pp. 503-553.

actualmente reciben estos derechos ha cambiado. Mientras que los titulares de derechos de propiedad intelectual, hace años, estaban preocupados por los actos de apropiación de sus obras por parte de terceros (plagio, copia ilegal), hoy esa preocupación se orienta más bien hacia el mantenimiento de determinados modelos de negocio, con sus correspondientes flujos de ingresos.<sup>60</sup>

Una antigua tradición y una tecnología nueva en convergencia han hecho posible la aparición de un bien público sin precedentes. La vieja tradición es la voluntad de científicos y estudiosos de publicar los frutos de su trabajo en revistas doctas sin remuneración alguna, sólo por el bien de la investigación y del conocimiento. La tecnología nueva es Internet. En todo caso, no podríamos hablar de una imposición de los modelos comentados, porque aún no son la regla general, sino precisamente una excepción al modelo de explotación tradicional, asunto enfocado en la forma como se distribuye la obra en internet.

Cabe afirmar que Internet es el nuevo escenario de confrontación y evolución de la propiedad intelectual, un escenario en permanente construcción en la medida que la revolución tecnológica que significa la red y otros desarrollos anexos a la misma tienden a crecer de manera incontrolable y la legislación no solo no logra ponerse a la par, sino que le es imposible generar criterios de apropiación global por lo que se marca un claro escenario de guerra digital entre intereses proteccionistas e intereses liberatorios y cada uno de ellos promueve sus propias estrategias bien de intervención, bien de liberación, en las que debe resaltarse el gran conflicto que se da entre distribuidores y

---

<sup>60</sup> Vid. HERRANZ CASTILLO, Rafael y Otros. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. Op. cit. pp. 245,253.

proveedores, pues se ha superado el modelo de la distribución física y el nuevo mercado digital implica la aparición de un nuevo sujeto que son los *Internet Service Provider* (ISP) sobre quienes se quiere descargar el mayor peso del control del mercado digital, a lo que éstos, han podido hacer una férrea resistencia, correspondiendo entonces, valorar lo que la legislación viene a regular.

## **2. Evolución de la Base Filosófica De Los Derechos De Propiedad Intelectual.**

La propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. La propiedad intelectual comprende los derechos de autor y los derechos conexos.

La revisión bibliográfica sobre el tema no deja duda sobre el hecho de que las corrientes han fluctuado entre la denominación de “propiedad intelectual” y la de “derechos de autor”<sup>61</sup> En Alemania, la expresión *Urheberrecht* puede traducirse literalmente por “derecho de autor”; en Italia, tanto la doctrina como la legislación utilizan la expresión *dirittod`autor*; en Francia, los “*droits des auteurs*”; en Estados Unidos, el vocablo usual es “Copyright”, término que es acogido por la legislación internacional para dejar constancia de la titularidad de la obra; allí solo se utiliza la expresión *intellectual property*, cuando se habla en sentido genérico; en el Derecho español encontramos que se emplea la locución de “propiedad intelectual” tal como se ha utilizado desde la Ley de Propiedad Literaria de 1847, y el ahora Texto

---

<sup>61</sup> LATORRE, V. op. cit. p. 32.

Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del Real Decreto Legislativo 1 de 1996, de 12 de abril.

Precisado lo anterior, al hablar de la base filosófica de la propiedad intelectual, es necesario entender que este término hace referencia a un derecho de propiedad (especial) – puesto que recaer sobre un bien incorporeal (es decir recae en creaciones originales del intelecto humano que pueden ser obras artísticas, literarias y/o científicas), y por tener un tiempo limitado– que brinda al titular un título jurídico con eficacia *erga omnes*, junto con otras facultades, entre las que se destaca el *ius disponendi* (la plena disposición de la titularidad del derecho)<sup>62</sup>.

Cuando se habla de determinados hechos históricos que enmarcaron la vida y cambios en el Derecho, es necesario tener en cuenta los conceptos filosóficos del Derecho que se desarrollaron en esta materia. El primero en estudiar estos temas fue KANT (1785)<sup>63</sup>, pues trató la existencia de los intereses no patrimoniales que se podían llegar a suscitar entre el autor y su obra. Esto lo explica en su obra *Metafísica de las costumbres* donde determinaba que el escrito representa un discurso que quiere ser dado a conocer por el autor; mientras que el editor es el que habla públicamente a través del escrito del autor. Con ello, quiere hacer alusión a que ese escrito es un producto artificial y solo puede ser copiado por quien posee legítimamente

---

<sup>62</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX, 2008, pp. 345 – 385 n.30 Valparaíso 2008 En: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013> (Ult. Vis. 1.07.2017)

<sup>63</sup> KANT, I. La metafísica de las costumbres Madrid. Tecnos. 2002. pp. 114 – 116.

un ejemplar del mismo, pero a su vez determina que la reproducción pública de la obra por el editor dependa de la autorización del autor<sup>64</sup>.

Posteriormente, FICHTE publicó un artículo en donde estableció que debían existir tres elementos claves para que se diese la propiedad de un libro: a) el libro debe ser un bien corporal, donde se transfiere el objeto directamente al comprador con su venta; b) el contenido del libro tiene una propiedad compartida entre el autor y el público desde el momento de su publicación; c) la forma en la que expresa esos pensamientos son de exclusiva propiedad del autor<sup>65</sup>.

Por otro lado, HEGEL<sup>66</sup>, en sus tratados de filosofía del Derecho, desarrolla algunos puntos respecto a los derechos de autor. Delimitando en sus postulados que *“...conocimientos, ciencias, talentos, etc., son propios naturalmente del espíritu libre y algo interior al mismo, no algo exterior, pero del mismo modo puede él conferirles mediante la exteriorización una existencia exterior y enajenarlos, con lo cual se les pone bajo la determinación de cosas. No son, pues, en primer lugar algo inmediato, sino que llegan a serlo por la mediación del espíritu, que rebaja su interior a la inmediatez y a la exterioridad”*<sup>67</sup>. HEGEL también entiende que no necesariamente por el hecho

---

<sup>64</sup> KANT, I. op. cit. p.115.

<sup>65</sup> GARCÍA LÓPEZ, Daniel. Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia, En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007, ISSN 1575-7382, pp. 207-244, p. 218 citando a: “¿Prueba de la ilegalidad de la reimpresión?”, publicado en Berlinische Monatschrift, 1793, nº XXI, p. 443 y siguientes. En: <http://www.rtd.es/numero10/9-10.pdf> (Ult. Vis. 1.07. 2017)

<sup>66</sup> HEGEL. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Libertarias. 1993. p.197 y ss.

<sup>67</sup> Ibídem. p. 198.

de haber adquirido una obra esto deba conllevar a que ello le dé el derecho de reproducirla<sup>68</sup>.

El jurista italiano GIUSEPPE BRANCA aceptó la importancia jurídica del derecho de propiedad a los bienes inmateriales, y para ello describió varios elementos característicos en la propiedad intelectual e industrial que sustentaban su teoría:

*“Las características de uno y otro derecho son: 1) tienen por objeto un bien inmaterial e incorpóreo; 2) son patrimoniales y transferibles, pero a título original no pueden adquirirse sino por la creación de la obra como producto de la propia labor intelectual: Es ése un nuevo reconocimiento de la importancia que tiene el trabajo del hombre<sup>69</sup> en la moderna sociedad capitalista e individualista; 3) en consecuencia, a nuestro juicio, no son admisibles ni la usucapión, ni la posesión por parte de quien no sea titular.”<sup>70</sup>*

La corriente de pensamiento que se dio entre los siglos XVII y XVIII asimiló erróneamente el derecho a la libertad con el de derecho de propiedad privada, pues lo asimiló como un derecho a nivel de derecho humano. Esta ideología predominante, puesto que favorecía los intereses económicos de la clase burguesa-capitalista, llevó a que dicho pensamiento se expandiera en casi toda la doctrina jurídica occidental, consolidando como derecho

---

<sup>68</sup> Ibídem. P. 199

<sup>69</sup> Recordemos que LOCKE se sustentó en la teoría del valor del trabajo, vista como uno de los principales fundamentos para la apropiación privada

<sup>70</sup> BRANCA, Giuseppe. Instituciones de derecho privado, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 201.

fundamental la propiedad privada y, junto a ella a la propiedad intelectual. Esto se configuró con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del derecho de propiedad privada y, posteriormente, con lo que para muchos son los derechos de autor.

Producto de esta sustentación filosófica surgieron unas teorías que fundamentaron estos derechos y definieron la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y sus derechos.

Es necesario afirmar que no hay un consenso doctrinal en cuanto a la clasificación de estas teorías<sup>71</sup> e incluso sobre las consecuencias que se derivan de las mismas. Por el contrario, encontramos un sin número de teorías, produciendo aparentes pero necesarias contradicciones. Por ello, hemos decidido hacer una presentación de las mismas, reconduciéndolas a tres grandes grupos: Las llamadas monistas, las dualistas y otras que hemos decidido clasificar como eclécticas, en tanto pueden tener elementos comunes pero no definitorios de un monismo o un dualismo.<sup>72</sup>

---

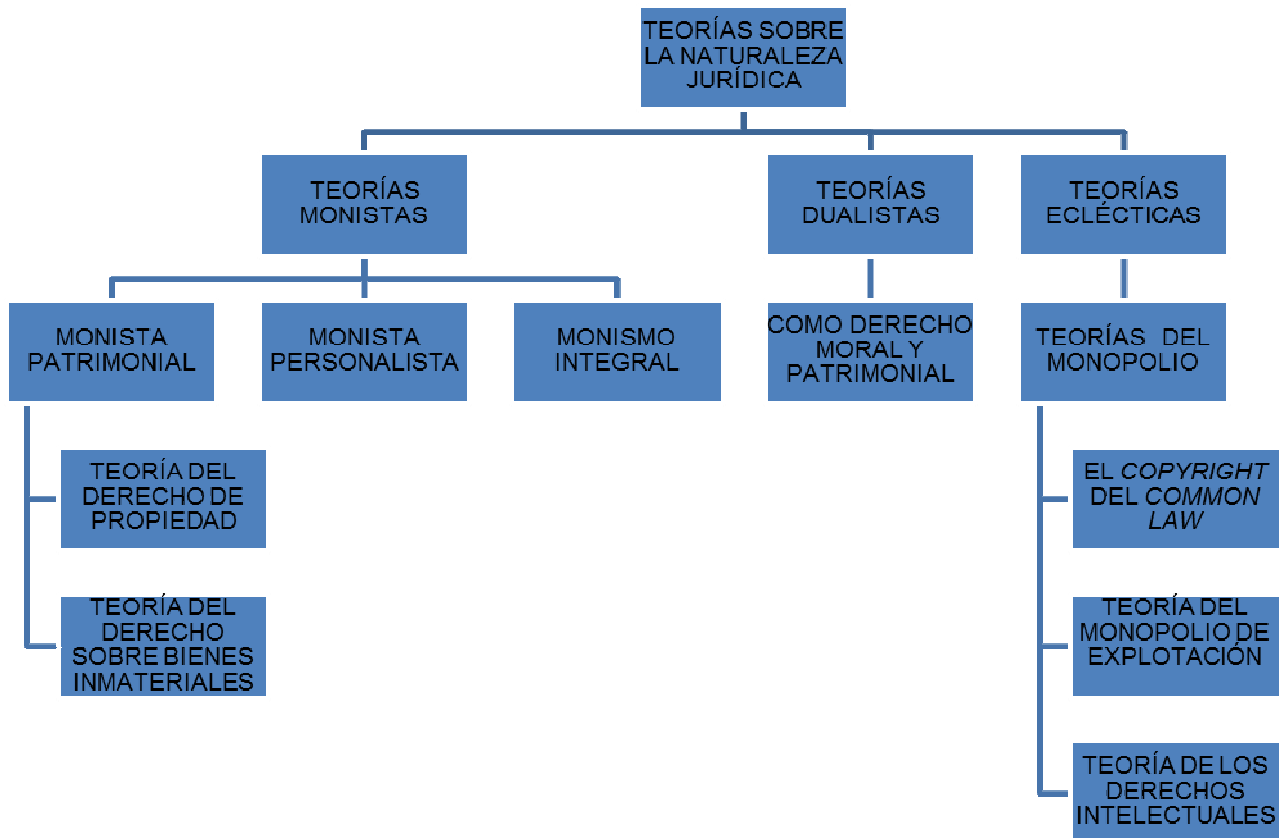
<sup>71</sup> En este sentido MIRÓ LLINARES.: sostiene que: “(...) lo primero que llama la atención en el análisis que nos proponemos es la cantidad de teorías diversas sobre la naturaleza de estos derechos, los diferentes criterios utilizados para su sistematización e incluso las múltiples y diferentes interpretaciones que los autores han hecho sobre las mismas”. MIRÓ LLINARES. op. cit. pp. 68 – 69.

<sup>72</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo.: Presenta a las teorías monistas-dualistas: “Existen básicamente dos posiciones teóricas en torno a la naturaleza de la propiedad intelectual o derecho de autor, que se atribuye originalmente a este último por el mero hecho de creación de la obra. La primera de ellas corresponde a la llamada *teoría monista*, según la cual se trata de un derecho unitario, aunque su contenido pueda ser heterogéneo. La segunda corresponde a la llamada *teoría dualista*, según la cual la propiedad intelectual del autor comprendería en realidad dos derechos, uno carácter patrimonial y otro de carácter moral”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Introducción a la regulación de los derechos de autor. En: Consejo general del poder judicial, cuadernos de derecho judicial. Propiedad intelectual, aspectos civiles y penales. Madrid, 1995, p. 13. En otro sentido LIPSYC: “El *Copyright* angloamericano, de orientación comercial, nacido en el Estatuto de la Reina de Ana, y el *droit d’auteur*, de orientación individualista, nacido en los decretos de la Revolución Francesa, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el *commonlaw* de tradición jurídica continental europea o latina, respectivamente” LIPSYC, Delia Op. cit., p. 35. Y un autor Colombiano, como



Por otra parte, dentro del monismo encontraremos tres corrientes muy definidas: un monismo de índole patrimonialista, otro de índole personalista y, finalmente, un monismo integral al que incluso se le puede agregar, el adjetivo de patrimonial.

Podemos representar el asunto que vamos a desarrollar mediante la siguiente gráfica (Gráfico 1):




---

Rengifo García, concluye con respecto a las dos grandes corrientes: “La concepción patrimonialística y de monopolio de explotación exclusiva del derecho angloamericano (*commonlaw*) y la concepción personalista e individualista del derecho francés servirán de modelo para las demás legislaciones nacionales de derechos de autor. Colombia recibió una influencia directa de la legislación francesa”. RENGIFO GARCIA. Op. cit. pp. 57 – 58.

## **2.1. Teorías Monistas.**

### **2.1.1. Monista patrimonial.**

Las teorías de corte monista patrimonial<sup>73</sup> tienen como nota común no entrar en la disyuntiva de qué derechos, qué facultades confiere el derecho de autor a su propietario, sino que, de manera clara, apuestan por la producción intelectual y sus consecuencias patrimoniales como definitivas del derecho de autor y no por su valor moral o espiritual. Es la visión más materialista<sup>74</sup> y positivista<sup>75</sup> del asunto.

#### **a. Teoría del derecho de propiedad.**

La idea de asimilar el derecho de autor a la propiedad tiene su origen de la revolución francesa, en los decretos de 1791 y 1793. Si aquello que produce el hombre le pertenece, y la pertenencia indica dominio y señorío, el fruto del pensamiento del hombre le pertenece al propietario. THIERS llegó a decir lo

---

<sup>73</sup> VEGA VEGA. resalta el elemento de propiedad que define el derecho de autor: “(...) el derecho de autor no significa o no tiene otra acepción jurídica que no sea la de ser simple y llanamente un derecho de propiedad”. VEGA VEGA, José Antonio: Protección de la propiedad intelectual. Ed. Reus, Madrid, 2002. p. 97.

<sup>74</sup> LATORRE, V. sobre la protección de las ideas, cuando se han materializado, expresa que: “Las ideas nunca han sido protegidas por el ordenamiento jurídico, sólo una plasmación en un soporte idóneo atrae la atención normativa, porque como en su momento veremos la originalidad que distingue a una obra reside en el proceso creativo, que sólo es posible identificar cuando se traslada al mundo material”. LATORRE, V. op. cit. p. 47.

<sup>75</sup> LATORRE, V. sobre la incidencia del positivismo para la definición del derecho de autor, afirma que: “Es a partir del positivismo cuando se empieza a elaborar una doctrina que explique la institución con tan especiales peculiaridades, dado que aparecen continuas diferencias y contradicciones que impiden la aparición de un concepto monista y deseable donde tuvieran cabida conceptos como el de propiedad, creación, intelecto, espíritu, monopolio, trabajo, bienes, idea, personalidad y derechos”. Ibídem, p. 48.

siguiente: “*La primera de mis propiedades soy yo, yo mismo*”, luego, los frutos producidos por esa propiedad me deben pertenecer<sup>76</sup>.

La propiedad intelectual, según lo entiende esta corriente, puede equipararse a cosa mueble o inmueble, en los sentidos más genuinos de los conceptos. El autor tiene el derecho de explotar su obra porque todo valor debe pertenecer al que lo ha creado. Por consiguiente, este derecho nace antes, incluso, de la publicación o divulgación.

La teoría de la propiedad intelectual, como un bien material originario reúne dos elementos esenciales: “a) *La de tratarse de poderes jurídicos sobre un bien exterior.* b) *La de incluir como un elemento fundamental la **relación de pertenencia** de la obra al que la ha creado*”<sup>77</sup>.

La propiedad es excluyente, pues de otra manera dejaría de ser propiedad; lo que sucede es que la propiedad intelectual en particular es más vulnerable a los ilícitos y requiere una más adecuada protección, y el mecanismo efectivo para conservarla es el de prohibir la reproducción de la misma o su alteración, porque, de otra manera, el legal propietario, autor, vería sistemáticamente atacado su patrimonio<sup>78</sup>.

A esta teoría se le puede criticar el hecho de que pretenda asimilar de manera absoluta los derechos emanados sobre la producción intelectual, como

---

<sup>76</sup> Cfr. LATORRE, V. op. cit. p. 36.

<sup>77</sup> Vid. LATORRE, V. op. cit., p. 38. (negrilla original).

<sup>78</sup> Ibídem, p. 51.

si se tratara de derechos reales característicos a la propiedad tal como se le concibe desde el punto de vista civil.<sup>79</sup>

## **b. Teoría del derecho sobre bienes inmateriales.**

La teoría de los bienes inmateriales,<sup>80</sup> debida al filósofo del Derecho alemán KOHLER, parte de la especialidad del objeto sobre el que recae el derecho para la construcción de su naturaleza jurídica.

Conforme a esta teoría, con clara influencia lockeana, surge el trascendental concepto de “mano de obra”, que es la fuente natural del derecho de propiedad y que le permite al autor ejercer su derecho tal como lo hace el propietario sobre la cosa, es así que se protege al creador en su relación intelectual y personal desde el trabajo, y hasta la explotación de la obra, lo que debiera conducir a un reembolso apropiado<sup>81</sup>.

KOHLER utilizó la distinción que la Filosofía alemana había realizado entre las cosas materiales y las cosas inmateriales y a partir de ahí establece que el poder jurídico de disposición que recae sobre ellas es diverso, pues depende de las características propias del objeto. Trasladado al ámbito del

---

<sup>79</sup> Ibídem, p. 52

<sup>80</sup> VEGA V. Lo presenta así: “Si la obra es una indeterminación material, un bien diferente, por fuerza deben existir otros parámetros de valor y clasificación; este es el origen diferenciador del análisis. Es un derecho patrimonial de naturaleza real convertido en un bien ideal”. VEGA V. op. cit. pp. 98 – 99.

<sup>81</sup> ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; SALAZAR, Óscar Eduardo Y PADILLA HERRERA, Julio César. Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía. En: Revista Civilizar 15 (28): 61-76, enero-junio de 2015 Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, En: file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/280-1020-4-PB.pdf p. 65 (Ult. Vis. 1.07.2017).

derecho de autor entiende que éste no puede ser un derecho de propiedad, sino un derecho vecino, con el mismo fundamento y la misma esencia.<sup>82</sup>

### **2.1.2. Teoría Monista personalista.**

En este epígrafe podemos hablar de una sola teoría monista personalista con algunas variantes de grado<sup>83</sup>, pero orientadas hacia la comprensión personal del derecho de autor como producto del ingenio de éste y el derecho natural que le asiste sobre la obra como manifestación de su personalidad<sup>84</sup>.

Si bien la doctrina considera a KANT<sup>85</sup> precursor de la teoría de la personalidad, por la utilización del término “Persönliches Recht” al referirse a la relación entre el autor y su obra, su ideólogo fue VON GIERKE. Éste autor

---

<sup>82</sup> MIRÓ LL. es del criterio que la teoría sobre bienes inmateriales es tesis dualista; sin embargo, Latorre asevera que es una teoría dentro de las monistas de corte patrimonial; veamos: “A pesar de que se ha querido ver en la concepción de Kohler el nacimiento de las tesis dualistas, el mismo Kohler no deja lugar a dudas en este punto, pues su teoría sólo se ocupa de los bienes inmateriales referidos al derecho patrimonial del autor al considerar que “le droit morale” o “individualrecht” es inherente al individuo, al derecho general de la personalidad, y que no corresponde al creador específicamente como autor”. LATORRE, V. op. cit. pp. 39 – 40. Vid. MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit., p. 70

<sup>83</sup> Se habla de una teoría de personalidad por la mayoría de autores; sin embargo, VEGA VEGA, J. presenta dos variantes diferenciadas: “a) gestión de negocios ajenos: E. Kant afirmaba que el libro es un mensaje que le autor dirige al público. El derecho de autor tal como lo concibe Kant viene a identificarse con un derecho personal afirmativo, desde el momento en que el propietario del negocio – autor- queda obligado al cumplimiento de las prestaciones que el editor mandante ha contratado en su nombre; y, b) Prestación de un servicio o contrato de cambio: “Piensa Renouard que el problema de la naturaleza jurídica de la obra de la inteligencia y su explotación viene determinado por la existencia de un contrato de cambio, por la prestación de un servicio del autor hacia la sociedad, consistente en la creación de una obra, en la que se reserva unos derechos que tal aportación a la comunidad le otorga”. VEGA VEGA, J. op. cit. pp. 100- 101.

<sup>84</sup> VEGA VEGA, J.: sustenta que las teorías personalistas tienen la nota común de que se orientan por el rol predominante de la personalidad y que en ellas: “se ha destacado un principal aspecto de la compleja problemática del derecho de autor, que vienen a concretarse en la vertiente moral del mismo, derecho moral que tiene su justificación en la ínsita individualidad del hombre, en la íntima propiedad de su trabajo, en sus facultades y, más concretamente en el poder de su genio”. Ibídem, p. 101.

<sup>85</sup> Así lo referencia LATORRE, V.: “Kant partía de que la publicación de un libro consistía en hablar con el público a través de él, y por tanto el derecho de autor era un derecho de la personalidad que suponía la imposibilidad de que otro le haga hablar en público sin su consentimiento”. Ibídem.

consideraba el derecho de autor como uno de los derechos de la personalidad en tanto que la obra es un reflejo de su propio espíritu, y por ello conceptuaba que la facultad central del derecho consistía en decidir la publicación de la obra. No separaba los derechos morales de los patrimoniales, sino que los unía<sup>86</sup>. La propiedad intelectual, según VON GIERKE, tiene su acento en el derecho de personalidad; por tanto, la obra como producto del intelecto, es considerada inherente a la persona misma<sup>87</sup>. Por lo tanto, podemos considerar que el derecho natural protege el acto de creación intelectual que es inherente a la propia naturaleza humana<sup>88</sup>.

La protección otorgada por el derecho de autor no está vinculada a la utilidad que la obra puede tener a través de su explotación, sino a su originalidad misma, y ésta es dada indudablemente por la personalidad del creador. En apretada síntesis, para VON GIERKE la obra intelectual es la prolongación de la personalidad del autor y la utilización de la obra no posee indefectiblemente un carácter patrimonial, por cuanto el autor puede utilizarla sin recibir por ello ninguna clase de compensación económica<sup>89</sup>.

A la teoría de la personalidad puede criticársele que no diferencie a la obra de su autor, al tener a la obra como una extensión absoluta de la personalidad del dicho sujeto independiente de su explotación económica o no, lo que conlleva, al mismo tiempo, que no podría explicar suficientemente la esfera patrimonial del derecho de autor.

---

<sup>86</sup> MIRO LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit., p. 74.

<sup>87</sup> vid. VEGA VEGA, J. op. cit. p. 101.

<sup>88</sup> vid. LATORRE, V. op. cit. p.43.

<sup>89</sup> Vid. RENGIFO GARCIA, E. quien interpreta de esta forma la tesis de Gierke. RENGIFO GARCÍA, E. op. cit., pp. 65 – 66.

En este sentido LATORRE afirmaba que la crítica más demoledora a la teoría de la personalidad la efectuó STOLFI, quien sostuvo que el derecho a la explotación económica de su obra no posee nada de común con la personalidad, por ser un derecho de dominación sobre una parte del mundo exterior y, además, es contrario a la naturaleza de las cosas identificar el sujeto (autor) y el objeto (obra) como lo hace la teoría del derecho de personalidad<sup>90</sup>.

### 2.1.3. Teoría del Monismo integral

Al monismo integral se lo podría denominar también teoría de la unificación; esto es, por ser el punto de convergencia de las dos corrientes antes descritas (la patrimonialista y la personalista), al recoger de ambas lo que el derecho de autor contiene, como las dos caras de una misma moneda, lo patrimonial y lo moral, aceptando que estamos no sólo frente a un derecho económico de explotación sino también uno moral de paternidad sobre la obra, que constituyen un derecho *sui generis*<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. LATORRE, V. op. cit., p. 45; retomando una cita original en: RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales, Revista de Derecho privado, Madrid, 1949, p. 832 y la referencia de Stolfi en: Stolfi. Diritto Civile. Analisi del diritto di proprietà, Vol I, p. 307 y ss.

<sup>91</sup> En el sentido de considerarse un derecho *sui generis* sostiene VEGA VEGA, J.: “Esta teoría se basa primordialmente en la consideración de que en el derecho de autor no se produce la concurrencia de diferentes derechos subjetivos de autor, sino la existencia de uno solo, *sui generis*, resultante de una combinación inescindible, al menos en cuanto a su titularidad, de los poderes de la personalidad con aquellos otros de carácter patrimonial, teniendo unos y otros por objeto la obra del ingenio. Todos los poderes del creador se quedan en la tutela conjunta de los intereses morales y económicos, ejercitados desde un único objeto, cual es la obra del intelecto. La obra solo puede considerarse teniendo en cuenta su doble aspecto de criatura espiritual del autor y bien económico perteneciente a la categoría de bien inmaterial”. VEGA VEGA, J. op. cit., p. 103. En el mismo sentido MIRÓ LLINARES, F.: “Como intento de superación de todas estas doctrinas nació el denominado monismo integral, que concebía el derecho de autor como un derecho *sui generis* integrado por facultades morales y patrimoniales inseparables. (...) pero no como derechos de naturaleza diferente y que estén totalmente separados, sino que para Ulmer son facultades entrelazadas y relacionadas que se unen formando un único derecho de autor. (...) Esta tesis monista de Eugen Ulmer ha

Se debe precisar que en el caso de una tesis monista integral estaríamos hablando de un derecho de autor integrado no por dos **derechos** independientes (patrimonial y moral) sino por unas **facultades**<sup>92</sup> o **facetas**<sup>93</sup> que emanan de dicho derecho, unas de contenido patrimonial y otras de tipo moral, pero lo que parece una precisión rigurosamente técnica no es así porque podremos encontrar autores,<sup>94</sup> e incluso jurisprudencia, que indistintamente utilizan el vocablo “derechos” y/o “facultades” y, sin embargo, hacen alusión a la adopción de una tesis monista integral<sup>95</sup>.

---

triunfado claramente en la doctrina alemana y también en la española (...). MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit. p. 75.

<sup>92</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Por ejemplo hace referencia expresa al término “facultades” para nombrar las dos vertientes de este derecho; veamos: “El contenido de ese derecho son las facultades patrimoniales y morales que corresponden al autor sobre su obra. Por consiguiente, hablar de derechos patrimoniales y morales constituye una licencia, que se ha consolidado en la doctrina, hasta el punto de haber sido recogida por la LPI (Ley de Propiedad Intelectual) pero que no debe producir el equívoco de hacer creer que la creación de la obra atribuye al autor una pluralidad de derechos”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. MANUAL (...). op. cit. p. 14.

<sup>93</sup> MIRÓ LLINARES, F. hace referencia al término “facetas” para desagregar el contenido de la propiedad intelectual: “En cuanto a si la propiedad intelectual debía concebirse como un derecho único formado por dos facetas inseparables (monismo), o como la unión de dos derechos de naturaleza diferente (dualismo), en la doctrina española anterior a 1987 apenas existió discusión al respecto”. (subraya intencional) MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit. pp. 76- 77.

<sup>94</sup> GARCÍA HERRANZ Y RAMOS HERRAIZ, en la siguiente cita utilizan tanto la alocución derechos como la de facultades: “(...) se deduce que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen a su autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley. (...) En consecuencia, las facultades dimanadas del derecho de propiedad intelectual son de tipo personal y de tipo patrimonial (...) Subraya intencional. En: GARCÍA HERRANZ Rafael Y RAMOS HERRAIZ, Juan. Delitos relativos a la propiedad intelectual, en: Comentarios al nuevo Código Penal, Coords, MORALES VILLANUEVA, Antonio y LÓPEZ CORRAL, Miguel Ángel Año 1996, Agosto, Nº 15, p. 14.

<sup>95</sup> MIRÓ LLINARES, F. conceptúa al respecto: “Derechos morales y derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, son, pues, derechos de distinta naturaleza, con distinto contenido y régimen jurídico. De forma distinta a lo que ocurre en otros países como Alemania, donde los derechos morales y patrimoniales tienen las mismas características y el mismo plazo de regulación (monismo integral), en nuestro país la Ley se refiere en el artículo 2º a derechos (y no facultades) morales y patrimoniales, y otorga distinto régimen jurídico a unos y otros. Esto no nos puede llevar a considerar el derecho de autor como conformado por dos derechos distintos, con una separación total entre ellos, hasta el punto de poder llegar a concebirlos como derechos separados, encuadrables en distintas ramas del ordenamiento jurídico, de tal forma que cada uno de ellos formara un derecho subjetivo único y particular. Esto no es así. Son muchas las relaciones entre derechos morales y patrimoniales que demuestran que la propiedad intelectual es una, y que en la regulación de los derechos morales y patrimoniales se



La tesis monista integral ha tenido auge y desarrollo desde el punto de vista legal; como modelo de monismo integral tenemos, entre otras, la Ley austriaca de 9 de abril de 1963; la actual de la República Federal de Alemania de 15 de septiembre de 1965 y sus posteriores modificaciones; el Código de Derecho de Autor de Portugal de 17 de septiembre de 1985; el Código de Derecho de Autor Francés de 1992 y el vigente Texto Refundido de Ley de propiedad Intelectual español de 1996<sup>96</sup>.

Una característica común a la tesis monistas integrales es que sus defensores ponen el acento en la protección de las *facultades* o *facetas* o incluso *derechos* patrimoniales<sup>97</sup>, como los denominan indistintamente, y no en las de índole moral; por lo tanto, podría decirse que a la teoría monista integral le viene bien el adjetivo de patrimonial, es decir, que su nombre con apellido

---

tienen en cuenta tanto aspectos ideales como materiales”. MIRÓ LLINARES, Fernando. Internet y delitos contra la propiedad intelectual. Ed. Fundación Autor. Madrid, 2005, pp. 51- 52.

<sup>96</sup> vid. VEGA VEGA, J. op. cit. p. 103; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. También es del criterio de que el TRLPI (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), desarrolla una teoría monista integral, aunque dice que también aplicaría para una versión dualista del derecho: “Ciertamente que en tal caso, habrá de considerarse que las facultades morales del autor constituyen un propio derecho autónomo separado de ese derecho de propiedad, cuyo contenido sería entonces exclusivamente patrimonial”. BERCOVITZ.RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.): Manual de propiedad intelectual. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. p. 15; MIRÓ LLINARES, F. También es del mismo criterio ver: MIRÓ LLINARES, F. La protección penal, op. cit. pp. 75 – 76.

<sup>97</sup> VEGA VEGA, J. expone: “(...) De otra parte, existe, *sensu stricto*, un derecho de autor como propietario de la obra que le permite disfrutar exclusivamente, como derecho patrimonial, de los frutos de su propio ingenio, extensible, claro es, a sus causahabientes”. VEGA VEGA, J. op. cit., p. 104; GARCÍA HERRANZ Y RAMOS HERRAIZ, también en este sentido: “En consecuencia, las facultades dimanadas del derecho de propiedad intelectual son de tipo personal y de tipo patrimonial (...) con claro predominio de estas últimas”. GARCÍA HERRANZ, R. y RAMOS HERRAIZ, J. Op. cit. p. 14; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. También lo considera así: “Resulta, pues, que el derecho de autor sigue siendo básicamente un derecho de propiedad, aunque con determinadas peculiaridades, que justifican su especialidad”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. op. cit., p. 14; y MIRÓ LLINARES, F. en similar sentido: “La segunda consecuencia derivada de la consideración de estos derechos como derechos de propiedad, era la ausencia de reconocimiento al autor de derechos de carácter moral, salvo con pequeñas excepciones. Si ya a finales del siglo XIX la tesis de que junto a los derechos pecuniarios debían reconocerse otros derechos denominados morales o personales, comenzaba a influir en el reconocimiento en muchos ordenamientos de derechos morales de autor, en España no lo hará hasta la Ley de 1987. Ellos es completamente lógico en un sistema legal definido bajo la óptica de la propiedad, y en el cual se dispensaban al autor, esencialmente, derechos de carácter patrimonial”. MIRÓ LLINARES, F. La protección Penal (...) op. cit., p. 38-39.

debería ser teoría monista integral patrimonial, porque de alguna manera la preeminencia de la protección del derecho reside en su fuerza patrimonial y no en la moral, sin desconocer a ambas. Claro que muy posiblemente la crítica especializada alegará que el monismo integral, así expresado, no conlleva el equívoco que implicaría el adjetivo de “patrimonial”, pudiendo entonces aclararse que la teoría es un monismo integral con tendencia patrimonial, superando lo que podría ser la primera y más evidente crítica.

## **2.2. Teoría Dualista.**

Las teorías monistas admitían un juego de tres posibilidades centrales con otras posibles variables. En el caso de la corriente del dualismo<sup>98</sup> sólo encontraremos una teoría dualista, que implica la escisión del derecho de autor en dos y de allí su nombre de dual, para darle reconocimiento y categoría al derecho moral y al derecho patrimonial. Se trata de la Teoría del derecho de autor como derecho moral y patrimonial en la que puede hablarse de dos tipos de derechos y no de *facultades* o *facetes*.

El contenido del derecho de autor en esta teoría aparece reflejado en prerrogativas o facultades tanto patrimoniales como morales, pero ambas distinguibles y conformando un todo inseparable. La obra es un bien económicamente explotable y un producto de la personalidad de su creador<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> ROBLEDOS VILLAR, A. indica: “(...) varias son las tesis que se han emitido sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual; una de ellas es el llamado dualismo, que propone la diversificación del conjunto de facultades que corresponden al autor en dos tipos de derechos, uno moral, integrado en el bloque de los derechos de la personalidad, y otro patrimonial, perteneciente a la categoría de los derechos tradicionalmente considerados como patrimoniales”. En: ROBLEDOS VILLAR, Antonio. Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal. Ed. Bosch, Barcelona, 1997. pp. 316 – 317.

<sup>99</sup> vid. RENGIFO GARCIA, E. op. cit., p. 66.

Se concibe este derecho soportado por dos pilares: Uno patrimonial, que se conecta con el prisma económico-crematístico del derecho de autor, y otro, personal, que alude más a la significación ideal del derecho de autor<sup>100</sup>, lo que en síntesis es la aludida separación del derecho patrimonial del moral con igual preeminencia.

La mayor parte de las legislaciones europeas de tradición continental vienen conformando desde hace unos cincuenta años una idéntica y relevante consideración a la tutela de los intereses morales de los autores respecto de sus intereses económicos, pero manteniendo entre ellos la debida protección y limitación. Ello es producto de las convenciones internacionales, sobre todo de la Convención de Berna en su última revisión, y ha sido, precisamente, en la orientación de estos convenios donde la teoría dualista ha encontrado base en el Derecho positivo.

De hecho, en el Ordenamiento español, si bien se ha dicho que la tendencia es hacia un monismo integral, con el interés que ha habido a partir de las convenciones internacionales por la protección de los derechos morales<sup>101</sup>, se puede encontrar alguna sentencia concreta del Tribunal Supremo que parece aceptar e incorporar el dualismo como explicación a la naturaleza de los derechos de autor<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> vid. VEGA VEGA, J. op. cit. p. 102.

<sup>101</sup> MIRÓ LLINARES, F. sobre los derechos morales en el caso español: "En la doctrina española anterior a 1987 apenas existió discusión al respecto. Sin duda porque aún no existía un reconocimiento legal de los derechos morales de autor. Pero además, era tal la sensación que la doctrina española tenía de atraso respecto a otras legislaciones del marco comparado, que se centraban los esfuerzos en solicitar el reconocimiento del denominado derecho moral, obviando cualquier polémica sobre la construcción de éste y su relación con los derechos patrimoniales" MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit., pp. 76- 77.

<sup>102</sup> En este sentido, me parece pertinente citar la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que claramente se apuesta y acepta una tesis dual: "En primer lugar la llamada en

Para la teoría del derecho de autor como derecho moral y patrimonial, el derecho moral permite la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y el derecho patrimonial permite que el autor efectúe la explotación económica de su obra. Al contrario, la teoría monista integral entiende que la obra es a la vez un bien económicamente explotable y un producto del espíritu. Es decir, que el derecho de autor no son dos derechos distintos, sino un único derecho con facultades interdependientes relativas, por un lado, a la protección de la personalidad del autor y, por otro, a la explotación económica de la obra<sup>103</sup>

### **3.3. Teorías Eclécticas.**

Se ha elegido este rótulo para aquellas posiciones intermedias que pueden retomar elementos de una posición personalista o de una patrimonialista, pero que no son decididamente ni lo uno ni lo otro, o que, incluso, sostienen la idea de crear una nueva categoría propia y definitoria de los derechos de autor, como es el caso de la teoría de los derechos intelectuales.

---

nuestro ordenamiento 'propiedad intelectual' denota ya por sus designación que es un derecho que crean sus autores, sobre el que, de conformidad con los arts. 348 y 428 del Código Civil, tienen derecho a gozar y disponer del mismo a su voluntad, y explotar su obra literaria, científica o artística, en todas las variedades que la vigente legislación reconoce. Lo que no obsta a que, aparte de esa consideración principalmente patrimonial del tal derecho, éste se considere por la moderna doctrina como de carácter incorpóreo y manifestación de la personalidad del respectivo autor, pues se trata de un goce distinto del que se tiene sobre las cosas puramente corporales; debiendo distinguirse, por lo tanto un derecho moral del autor y un derecho patrimonial del mismo" STS de 19 de Julio de 1993, Ponente Sr. Jaime Santos Briz; citado por ROBLEDÓ VILLAR, A. op. cit. p. 317.

<sup>103</sup>TACTUK, AURORA. El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia: Contenidos de los derechos de autor. Tesis doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de ciencias sociales y jurídicas. Departamento de Derecho Privado, 2009. p. 58

Estas teorías aparecen son clasificadas por algunos autores<sup>104</sup> como teorías monistas patrimoniales, pero, a mi juicio, no son teorías puras monistas patrimoniales, en tanto que, si bien el fundamento patrimonial lo comparten tienen un plus adicional que es el elemento de monopolio exclusivo y, en esa medida, decidimos considerarlas como posturas eclécticas.

### **3.3.1 El *Copyright Del Common Law*.**

Para el *copyright* angloamericano, el derecho de autor es un derecho de monopolio de explotación. Los juristas anglosajones no experimentaron la necesidad de sustituir la noción tradicional de la propiedad para explicar la naturaleza del derecho exclusivo del autor sobre su obra, a diferencia de los juristas continentales. Tampoco han visto la necesidad de separar la obra de su soporte material (*corpus mechanicum*) porque el *copyright* no protege la obra por ser una emanación de la personalidad del creador, sino simplemente porque ella ha adquirido una entidad objetiva sobre la cual el autor ejerce un claro derecho de dominio. En el sistema angloamericano, la fijación de la obra sobre un soporte material es condición previa de protección. Antes de la publicación se detenta el *soleright* sobre el manuscrito; después de publicado éste no existe un derecho moral independiente. La obra se protege, en otros términos, a través de la legislación del *copyright* y la personalidad del autor mediante las vías jurídicas que ofrece el *commonlaw*, como la difamación o la competencia desleal<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. LATORRE, V. op. cit. p. 41; VEGA VEGA, J. op. cit., p. 99; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. op. cit., pp. 19 – 20; MIRÓ LLINARES, F. op. cit., p. 73.

<sup>105</sup> RENGIFO GARCIA, E. Op. cit., p. 68.

### 3.3.2. Teoría del Monopolio de Explotación.

El mentor de esta teoría es FRANCESCHELLI<sup>106</sup>, para quien el derecho de autor es un proceso de explotación de monopolio que encuentra su base en dos obligaciones. De una parte y dentro del lado pasivo, existe una “obligación de no imitar”, que se impone a toda persona que se encuentra con otra obra ya existente, y de otra parte, en su vertiente activa, una obligación de impedir esa imitación<sup>107</sup>. En resumen, tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial son monopolios, por la función económica que cumplen. Ellos, más que permitir, excluyen, prohíben que otros realicen lo mismo. Ese *ius excludendi alios*, ese *ius prohibendi*, constituye el verdadero contenido del derecho<sup>108</sup>.

Esta teoría al identificar la propiedad con un monopolio de explotación, tiene falencias evidentes como cuando, por ejemplo, se compara la temporalidad del monopolio con la de la propiedad, cuando se trata de explicar el sentido y papel de los derechos morales de autor o, finalmente, cuando se trata de definir a través de un instituto de carácter económico (el monopolio) la naturaleza de una institución jurídica (los derechos de autor)<sup>109</sup>. Es decir, identifica el monopolio de explotación como figura económica con los derechos de autor como figura jurídica.

---

<sup>106</sup> En su obra *Trattato di Diritto Industriale*, Vol. I, viene explicada su teoría, referenciado por LATORRE, V. op. cit. p. 41.

<sup>107</sup> Vid. VEGA VEGA, J. op. cit. p. 99.

<sup>108</sup> Vid. RENGIFO GARCIA, E. op. cit. 69.

<sup>109</sup> Vid. MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit. p. 73.

### 3.3.3. Teoría de los derechos intelectuales.

La teoría de los derechos intelectuales se debe al jurista belga PICARD, quien en su tratado *“Le droit pur”* incorporó, junto a las tres categorías del derecho romano (la de los derechos personales, derechos de obligaciones y derechos reales), una cuarta categoría denominada “Droits Intellectuels”, en los cuales incluía la propiedad artística, la propiedad literaria y la propiedad industrial<sup>110</sup>. Ésta es una teoría ecléctica que puede ser leída desde el monismo - siempre y cuando se considere la categoría patrimonial en el mismo derecho intelectual - o desde el dualismo si se le considera de forma independiente.

La teoría de los derechos intelectuales, si se lee desde el monismo, hace hincapié en el carácter inescindible de los poderes del autor sobre la obra ya que la protección de la explotación de la obra defiende no solo los intereses económicos del autor, sino también las facultades que éste tiene sobre el objeto creado, por lo que intereses y facultades son sumamente difíciles de separar ya que entre éstas se generan relaciones cercanas que son las que permiten la protección de intereses morales a través de las facultades patrimoniales y viceversa.<sup>111</sup> Al contrario, la teoría de los derechos intelectuales si se lee desde la teoría dualista significaría que no solo se retribuye al autor por su trabajo, sino que sus derechos de explotación exclusiva sirven también

---

<sup>110</sup> Ibídem, p. 71.

<sup>111</sup> ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe, SALAZAR, Óscar Eduardo y PADILLA HERRERA, Julio César “Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía”, *Civilizar*, Vol. 15, n° 28 (2015), pp. 61-76, p.66, En <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v15n28/v15n28a06.pdf>, (Ult. Vis. 08.08.16)

como instrumento de incentivación y promoción de la actividad y producción de las creaciones artísticas, literarias y científicas.<sup>112</sup>

#### 4. TOMA DE POSTURA

Cabe concluir que la naturaleza jurídica de los derechos de autor inspirada en su base filosófica es una cuestión importante, puesto que sirve de fundamento para una futura definición del bien jurídico tutelado, o al menos puede decirse que, de la adopción de una determinada teoría, se derivan consecuencias para privilegiar una determinada forma de protección penal<sup>113</sup>.

De hecho, es normal que se identifiquen directamente las teorías de la naturaleza jurídica con el bien jurídico protegido. Por ejemplo, así lo hace expresamente CORCOY BIDASOLO<sup>114</sup>, quien, a partir de la presentación de las teorías, escoge y justifica la que considera más conveniente de acuerdo al

---

<sup>112</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. "El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1, n° 2, (2007), pp. 103-155, p. 136, en: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-tm-06.pdf> (Ult. Vis. 08.08.16)

<sup>113</sup> LATORRE, V. advierte la importancia de las diversas posiciones en cuanto a elegir una teoría sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual; veamos: "(...)las sucesivas tomas de posiciones adquieren relevancia ante la necesidad de dotar de una correcta metodología al estudio de una institución verdaderamente compleja, pues ello conduce a procesos legislativos acordes con la protección que debe dispensarse al autor y su obra, y por otra parte, facilita una correcta interpretación de los derechos inherentes a la creación espiritual, estableciendo los supuestos en los que los atentados deben criminalizarse, o sencillamente debe otorgarse la debida protección al autor como persona inscrita dentro de un ordenamiento jurídico lleno de valores, que algunos entienden que derivan del mismo derecho natural. LATORRE, V. op. cit. p. 46.

<sup>114</sup> CORCOY BIDASOLO, M. con respecto al bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual, inicia por hacer una relación de la posición doctrinal sobre las teorías de la naturaleza jurídica, veamos: "Bien jurídico protegido: La LPI regula dos clases de derechos de propiedad intelectual: a) derechos morales personales /de autor (arts. 14,15 y 16); b) derechos económicos susceptibles de cesión/explotación (arts. 17, 18,19 y 20.1). ¿Protege también el CP ambas clases de derechos? De lege lata hay cuatro posiciones: 1. personalista (que es BUSTOS, ROLDÁN 1988 Y FERRE 1991) 2. Patrimonialista absoluta (Queralt; G. Rus/Cobo; R. Ramos; Serrano Gómez; Jareño/Boix/Vives; López Borja 1999; Gómez Martín 2002<sup>a</sup>; 2002b; STS 13-01-93; SSAP Murcia 22-02-96; Burgos 15-07-97; AAP Córdoba 22-04-96) 3. Predominantemente patrimonialista (Jorge Barreiro/R. Mourullo; Muñoz Conde; Calderón/Choclán) 4. Posición mixta personalista-patrimonialista indistinta (Conde-Pumpido Ferreiro/Jordana)". CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Manual práctico de derecho penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 618.



Derecho penal español<sup>115</sup> o MUÑOZ CONDE, quien, sin mencionar expresamente las teorías de la naturaleza jurídica, expresa que el aspecto predominante es el patrimonial a la hora de la determinación del bien jurídico protegido<sup>116</sup>.

Sin embargo, partimos de la base de que no se puede hacer un proceso total de identificación entre teoría sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor y bien jurídico; distinto es aceptar que una determinada naturaleza puede condicionar criterios de protección, pero no que sea la definición, conceptualización, sustento y base de desarrollo del bien jurídico mismo.

Lo que sí es cierto es que estas teorías son el estadio previo para la comprensión mejor de una institución de orígenes civiles y que posteriormente tiene incidencia en el ámbito penal al punir la violación de los derechos que emanan de ella, de modo que bajo un sistema monista integral de tendencia patrimonial se privilegiará la protección del patrimonio; en un sistema monista integral de tendencia personalista, se privilegiará la protección de los derechos morales; y en un sistema dual con tendencia patrimonial o personal se

---

<sup>115</sup> CORCOY BIDASOLO, M. sustenta su elección de la siguiente manera: “De estas posiciones, la más correcta es la patrimonialista, por: a) la ubicación sistemática de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP y rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP; b) Coincidencia de las conductas típicas recogidas en el art. 270, Párr. 1º y algunas de las infracciones civiles de los derechos de explotación recogidas en la LPI; c) Referencia del art. 270, párr. 1º a los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” d) Naturaleza exclusivamente patrimonial de los elementos accidentales típicos del art. 271, al haber desaparecido los elementos accidentales del CP 1973 de contenido personal”. *Ibidem*.

<sup>116</sup> MUÑOZ CONDE, F. sustenta su posición de la siguiente manera: “En general, se puede decir que en los diversos tipos delictivos que se contienen en esta Sección 1ª se protege la propiedad intelectual en su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso concreto, como en el plagio, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística”. Más adelante: “(...) los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos y que, a diferencia de lo que sucedía en el Código Penal anterior donde se hablaba de derecho de autor, ahora se habla expresamente de “propiedad” intelectual, exigiéndose además, para que el hecho sea punible el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, haciendo recaer, pues, el acento en el aspecto patrimonial antes que en el personal”. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho penal, parte especial, Décimo sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 482-483.

privilegiará en mayor o menor grado la protección los derechos personales y/o patrimoniales, pero ambos se protegerán.

Además, la verdadera diferencia de grado versará en el *patrimonialismo* o *personalismo*, toda vez que el monismo o dualismo parte de la utilización de un vocablo y su sentido “*derecho*”, “*facultad*” o “*faceta*”, de modo que el elemento definitorio de cualquier teoría de las analizadas es si se privilegia la esfera patrimonial de los derechos de autor y/o propiedad intelectual o la esfera personal o ambas al tiempo.

La cuestión, así vista, relativiza la importancia de las teorías sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor y/o propiedad intelectual, lo que evidencia que el asunto no es de selección definitiva y excluyente de una u otra teoría sino de matices, y será el legislador y el desarrollo de la materia el que defina el matiz teórico de la naturaleza jurídica de estos derechos desde su inspiración filosófica.

Sin embargo, es importante resaltar para cerrar este epígrafe que la base filosófica de los derechos de autor (como originalmente surgen) ahora derechos de propiedad intelectual, tienen fundamento en la vinculación personal del autor con la obra como producto de su ingenio y capacidad creativa, lo que permitió la fundamentación desde el derecho de las facultades o derechos morales pero que con la “comercialización” de la propiedad como bien inmaterial obligaron a desarrollar otro esquema de protección para esta faceta patrimonial, que superó la base filosófica inicial, y obligó al desarrollo de toda una serie de teorías para su explicación y fundamentación, como fueron expuestas, valga entonces reiterar que en el momento actual los derechos de

propiedad intelectual tienen predominio en la política pública sobre todo penal en cuanto a su significación económica, es decir, predominio de su faceta patrimonial, sobre la moral que ha sido generalmente relegada a los instrumentos de protección civil y/o administrativos y evidentemente, como estadio previo a definiciones de carácter jurídico, la teoría que desde la base filosófica elegimos para nuestros posteriores análisis es la del monismo integral con tendencia patrimonialista, que privilegia la protección de la esfera económica – patrimonial del derecho de autor (que es la que precisamente viene a proteger el derecho penal) sin desconocer la esfera de derechos morales (que viene a ser protegida por la legislación civil y administrativa).

De modo que la teoría del monismo integral con tendencia patrimonialista, es la que se ajusta a nuestra tesis toda vez que se fundamenta en la protección de la esfera patrimonial de los derechos de propiedad intelectual tanto para el derecho penal como el resto de derechos.

## **CAPÍTULO II. LA DISCUSIÓN PENAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL: APROXIMACIÓN POLÍTICO CRIMINAL A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LA APARICIÓN DE LOS SISTEMAS P2P.**

Las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones, bajo los principios de la “Sociedad de la información”, nos han llevado a una era digital que demanda respuestas para los nuevos retos en todos los órdenes normativos. Ni la dogmática jurídico penal, ni la política criminal son ajenas a este desarrollo.

Es pertinente analizar el particular fenómeno de la afectación de la protección penal de la propiedad intelectual en Internet, en términos de política criminal, bajo el entendido de que las nuevas tecnologías, y su constante evolución, facilitan una defraudación que se considera masiva de los derechos de propiedad intelectual y que, en sentir de unos, tiene enormes dificultades para la individualización de autores y grandes pérdidas para esta industria, y, en sentir de otros, genera cada vez más normas, incluso de naturaleza extra penal, para tratar de contener los ataques a costa del sacrificio de garantías individuales, identificándose una tendencia clara hacia una política criminal o social de carácter global que pueda hacer frente al fenómeno<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> OSORIO MORENO, César Alejandro. Política global para la protección para la protección penal de la propiedad intelectual en la Internet. En: PEREZ ALVAREZ, Fernando (Ed). Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: memorias del III congreso internacional de

## 1. Derecho penal para la propiedad intelectual en la era digital.

La vulneración masiva de la propiedad intelectual es un asunto que, en el discurso del Derecho penal moderno<sup>118</sup> hace parte del Derecho penal.

La revolución tecnológica, económica, social y política ha dado lugar a la denominada sociedad de la información<sup>119</sup>, en la cual aumenta la importancia de la información y la necesidad de una regulación que proteja y promueva su uso<sup>120</sup>.

La defensa de la propiedad intelectual, como valor agregado para el desarrollo de una sociedad<sup>121</sup>, comprende la relevancia para la sociedad de este producto cultural pero también económico, lo que justifica la concesión de

---

jóvenes investigadores en ciencias penales. Ediciones Universidad de Salamanca. pp.. 699 – 700.

<sup>118</sup> Vid. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 16-17

<sup>119</sup> Así PEGUERA POCH, M.: “La sociedad de la información –una realidad omnipresente y a la vez todavía en sus albores si la consideramos en perspectiva histórica- fue imaginada por algunos como un espacio que debía quedar a salvo de toda juridificación: el ciberespacio como territorio virtual fuera del alcance de la soberanía de los Estados y al margen de todo intento de sujeción al Derecho. Esta visión romántica se desvanece, sin embargo, al comprobar que en el espacio virtual –o mejor dicho- en el conjunto de relaciones y actividades desplegadas por los ciudadanos a través de las redes digitales, la dimensión jurídica se manifiesta con la misma intensidad que en cualquier otra faceta de la actividad humana”. En: PEGUERA POCH, Miquel. (Coord.) *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. 1ra ed., Aranzadi, Navarra, 2010, p. 45.

<sup>120</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. *Internet y Delitos (...)* op. cit. p. 29.

<sup>121</sup> Así SIEBER, Ulrich: “Los desarrollos de la sociedad de la información y de la sociedad de riesgo generan nuevos riesgos y una criminalidad compleja que lleva al Derecho Penal –en especial en el contexto de una Política criminal crecientemente global- a sus límites funcionales en la protección de la sociedad y de la libertad del individuo y lo sitúa frente a nuevos retos categoriales” En: SIEBER, Ulrich. *Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico- penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional*, Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. en: *Revista Penal*, Julio 2008, Nro.22, p. 127 (125-159).

derechos de propiedad intelectual no sólo por razones de justicia individual sino por la función social que desempeña en un determinado ámbito<sup>122</sup>.

Bajo la premisa anterior, la realización de actividades ilícitas contra los titulares de los derechos propiedad intelectual, los afecta a ellos, pero también produce efectos que son presentados de manera cumulativa por entidades encargadas de la defensa económica de los derechos de propiedad intelectual, para ello puede observarse las cifras que maneja la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IPFI) en sus anuales *Digital Music Report*<sup>123</sup>.

La propiedad intelectual viene ocupando un puesto importante en la agenda de los Estados, convirtiéndolo en un tema de trascendencia internacional y global y justifica, a su vez, la tendencia a su protección en los distintos órdenes normativos, incluso el penal<sup>124</sup> y la existencia de organizaciones internacionales, gubernamentales o no, dedicadas a su defensa y promoción, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- OMPI-.

---

<sup>122</sup> MIRO LLINARES, Fernando. La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, ed. DYKINSON, Madrid, 2003, p. 95.

<sup>123</sup> En el informe 2011 reportaba cifras como: *4240 billion euros – estimated cumulative lost retail revenues to the European creative industries from piracy 2008–2015; 1.2 million – the number of jobs projected to be lost in the European creative industries due to piracy by 2015; - 31% – the decline in the value of the global recorded music industry 2004-10*. Disponible en: <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf> y el publicado en 2013 no hace énfasis en estas cifras tan severas pero si en la necesidad que los Internet Service Providers (ISPs) se unan a cooperar con la industria evitando proveer links de *filesharing* o contribuyendo al crecimiento “legal” de la industria digital en línea, a lo que dedica buena parte de su informe. Disponible en: <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf> (Ult. Vis. 2.03.2013).

<sup>124</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios a la parte especial del derecho penal. VALLE MUÑOZ, José Manuel (Coord.). Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 572. En este sentido también: GALÁN MUÑOZ, A.: “Muchos de los nuevos delitos que nuestro código establece para reprimir conductas realizadas mediante sistemas informáticos y que supuestamente atentan contra bienes jurídicos como el patrimonio, la propiedad intelectual o incluso de la indemnidad sexual de los menores, encuentran un precedente internacional en su creación” En: GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. en: Revista Penal, Julio 2009, Nro. 24, p.92.

Y es evidente que la revolución tecnológica que ha supuesto Internet<sup>125</sup>, ha terminado por endurecer la gravedad del asunto en cuanto a violación de la propiedad intelectual en el entorno digital, lo que nos lleva a plantearnos la necesidad de la definición de una política criminal global para la protección penal de la propiedad intelectual en la era de la información.

## **2. Derecho penal, criminalidad informática y globalización**

La criminalidad informática y sus aplicaciones, que no conocen fronteras, amplían la perspectiva del Derecho penal, en consideración a la criminología, en cuanto hecho real que proporciona enormes posibilidades y potencialidades de hechos propios de los sistemas informáticos para cometer actos ya punibles o merecedores de pena<sup>126</sup>, con circunstancias de hecho que hacen más dificultosa la averiguación y la prueba. Por ello, la criminología aborda desde esta perspectiva tanto las características propias de los sistemas informáticos que les convierten en objetos o instrumentos cualificados del delito, como la descripción de los concretos hechos informáticos de carácter

---

<sup>125</sup> “(...) los datos ofrecidos en Internet están presentes a lo largo y ancho del mundo, y se puede disponer de ellos en multitud de Estados con un “clic del ratón”. Un control estatal de los caudales de datos en los límites territoriales de un país es difícilmente posible” SIEBER, op. cit. pág. 127. Vid. También MIRÓ LLINARES, Fernando. Internet y delitos contra la propiedad intelectual. Fundación Autor, Madrid, 2005. p. 39.

<sup>126</sup> Se reconoce con carácter general que el llamado Derecho penal informático es una de las facetas más característica del Derecho penal de la sociedad del riesgo. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, J.: “el progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología. La criminalidad asociada a los medios informáticos y a Internet (la llamada ciberdelincuencia) es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución”. Y ello hasta el punto de que se habla de una “sociedad virtual del riesgo” y de un “riesgo virtual”. FARALDO CABANA, Patricia. Sociedad de riesgos y nuevas tecnologías. En: Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia: 2009, pp. 31 – 33.

delictivo, como la determinación de los tipos de autores concurrentes en estos hechos<sup>127</sup>.

La mayor facilidad de acceso y de conocimiento de la información procesada y/o almacenada por los sistemas informáticos proporciona en ocasiones una plataforma y la ocasión para que quienes se sitúan en contacto con los sistemas informáticos se conviertan en autores de hechos punibles en los que estos sistemas jueguen un papel destacado. Podría decirse entonces y sin temor alguno a equivocarnos, que el procesamiento electrónico de datos es en muchos casos, un relevante factor criminógeno respecto a la comisión de delitos en el seno de las distintas entidades públicas y privadas que se sirven de sistemas informáticos como modo de conseguir una eficiente organización.

---

<sup>127</sup> “Ante la nueva realidad que emerge con la criminalidad informática y la incertidumbre que plantean hechos socialmente se consideran nocivos e incluso resultan ilícitos desde una perspectiva general, es suscita la duda sobre las repercusiones jurídico – penales de los mismos. En estas circunstancias los fenómenos que así se presentan deben ser abordados inicialmente desde la perspectiva de la política criminal y la criminología, como instrumentos de que dispone la ciencia global del Derecho penal o la Enciclopedia de las Ciencias penales.”. MATA Y MARTÍN, Ricardo. Presupuestos generales de los delitos informáticos. En: Delincuencia informática y Derecho penal. Ed. Edisofer s.l., Madrid, 2001, p. 24. Para ampliar el tema ver: BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa informática en el derecho europeo continental. Revista de derecho y ciencias penales. Número 17. Universidad de San Sebastián, Chile. 2011. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. Lumiar. Revista de Ciencias Jurídicas. Vol. 1. Número 1. 2007. ANARTE BORRALLA, Enrique, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información”, en Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, 1, (2001). BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y JOSHI JUBERT, Ujala, “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, en Revista Jurídica de Cataluña, 3, (1988). HERRERA MORENO, Myriam, “La estafa informática en el Derecho penal español”, en Actualidad penal, 49, (2001). El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio (Derecho penal y Criminología). MIRÓ LLINARES, Fernando. Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. España. 2013



En este sentido, características tales como la gran capacidad de almacenamiento de datos, la enorme velocidad de trabajo y rapidez en las operaciones, la exactitud y seguridad proporcionada, su flexibilidad para conseguir muy diversas aplicaciones, así como la dificultad de reconocer los comportamientos ilícitos cometidos a través del manejo de sistemas informáticos y la no visualización de los pasos seguidos en la ejecución del hecho, constituyen aspectos que facilitan la elección de objetivos con un elevado rendimiento, la ejecución del hecho, y dificultan seriamente el conocimiento y persecución del infractor en este tipo de delitos.<sup>128</sup>

Son notables además, las dificultades para la averiguación y persecución de las infracciones contra los derechos de autor en la Internet, dado el elevadísimo número de atentados singulares ejecutados, el proceso informático como se ejecuta el delito no es directamente visible y está cifrado, e incluso finalmente los costos económicos de esta tarea investigadora puede en muchos casos no resultar rentable para la víctima.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Ibíd. Para ampliar el tema ver: ANARTE BORRALLA, Enrique. Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho Penal en la sociedad de la información. En "Derecho y Conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información" Vol. L 2001. ASÚA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La tesis del fraude del fin. ADPCP, n.º 16. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. CASAS BARQUERO, Enrique. El delito de falsedad en documento privado Ed. BOSCH. Barcelona, 1984. BEATO VÍBORA, Manuel. Aproximación al concepto penal de documento electrónico En "XII Encuentros sobre informática y Derecho 1998-1999". Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Candido. Las falsedades documentales. Perspectiva jurisprudencial en "Problemas específicos de la aplicación del Código Penal". CGPJ. Madrid, 1999. GALLARDO RUEDA, Arturo. Delincuencia informática; la nueva criminalidad de fin de siglo. CPC n.º 65. Madrid, 1998. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel. Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática. Ed. Tirant lo Blanch. Colección delitos. Valencia, 2001. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Ed. Civitas. Madrid, 1990.

<sup>129</sup> Para ampliar el tema véase LÓPEZ MARTÍN, Sonia. Jóvenes, Internet y Movimiento Antiglobalización: usos activistas de las Nuevas Tecnologías. En Revista de Estudios de Juventud, n.º 76, 2007, págs. 183-199. MERLOS GARCÍA, Alonso. Internet como instrumento para la Yihad, en Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, n.º 16, 2006,

Pero es que además y por lo que a nosotros nos interesa, no debe olvidarse que los sistemas informáticos y sus constantes desarrollos han permitido y permiten difundir y reproducir obras de propiedad intelectual de una forma mucho más fácil, rápida y barata que ningún otro de los sistemas existentes antes de su implantación, lo que, sin duda ha venido a facilitar la realización de ataques a los derechos de propiedad intelectual<sup>130</sup>

La pregunta que se presenta, entonces, en materia de delitos contra la propiedad intelectual y común a los delitos informáticos, es si el Derecho penal tiene que adaptarse a las nuevas modalidades de acción criminal, como son las que tienen relación con el uso de las nuevas tecnologías, creando nuevos tipos penales<sup>131</sup>

---

págs. 81-90. SIEBER, Ulrich. Criminalidad Informática: peligro y prevención. En MIR PUIG, Santiago. Delincuencia Informática, PPU, Barcelona, 1992, págs. 13 y 14. KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo. Gobernanza de Internet: Asuntos, Actores y Brechas. DiploFoundation, publicación en línea, año 2005, <http://textus.diplomacy.edu/textusbin/env/scripts/Pool/GetBin.asp?IDPool=1090>, pág. 82. (Ult. Vis. 13.01.2015) SOLOM CLOTET, Juan. Delito informático y su investigación. En [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/DUQUE\\_AHUMADA/PONENCIAS%20XX%20SEMINARIO%20DUQUE%20DE%20AHUMADA/4.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/DUQUE_AHUMADA/PONENCIAS%20XX%20SEMINARIO%20DUQUE%20DE%20AHUMADA/4.PDF) (Ult. Vis. 13.01.2015). SAN JUAN, César y otros. Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana. Revista EGUSKILORE. Número 23. 2009. Págs. 175-190. CASSOU RUIZ, Jorge Esteban. Delitos informáticos en México. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 28. Págs. 207-236. CONTRERAS CLUNES, Alberto. Delitos informáticos. Un importante precedente. Revista IUS ET PRAXIS. Versión on-line. Vol. 9 Nro. 1. Tasca, México. 2003. TOMÁS YEPES, Carlos Fernando Y AMARILES BEDOYA, Kevin. Mitigación de riesgos de delitos informáticos en el contexto empresarial. Universidad Tecnológica de Pereira. <http://adl.handle.net/11059/5164>. LEVENE, Ricardo Y CHIARAVALLTI, Alicia. Introducción a los delitos informáticos, tipos y legislación. VI congreso Latinoamericano. Colonia, Uruguay. 1998. AGUSTINA, José. ¿Cómo prevenir conductas abusivas y delitos tecnológicos en la empresa? Estudio interdisciplinar sobre políticas de uso de las TIC, prevención y gestión de “conflictos” en una muestra de empresas españolas. Revista de Internet, derecho y política Número 16. Universidad Oberta de Catalunya. 2013. HERRANZ CASTILLO, Rafael Y OTROS. Obras en Acceso abierto y Responsabilidad por Hecho Ajeno en Internet. En: MACIAS CASTILLO, Agustín Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel. (Coords.) El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías. Reflexiones sobre la Reciente Reforma de La Ley de Propiedad Intelectual. Ed. La Ley, Madrid, 2008. p. 245,253.

<sup>130</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 59 y ss

<sup>131</sup> “Consecuencia de esta formalización es la frecuente utilización en el nuevo Código Penal de los delitos de peligro, sobre todo en su versión de ‘peligro abstracto’, y la amplia protección que se brinda a los bienes jurídicos universales, de carácter colectivo o institucional. Así, por

La persecución de la criminalidad informática de la que se derivan los ataques relativos a la propiedad intelectual en Internet, en contextos de un Derecho penal globalizado, pone nuevamente de relieve el tema de la flexibilización de garantías<sup>132</sup> propias de un Derecho penal moderno amén de las dificultades técnicas para la persecución de este tipo de delitos masificados además por la sensación de impunidad que se representa el autor.

En la era digital, los delitos contra la propiedad intelectual también se han hecho digitales y la globalización en esta materia, supone un reto para el derecho penal Nacional, como lo indica BECK<sup>133</sup>, al afirmar que al contrario de los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas *amenazas globales* que en este sentido son *supranacionales* y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva. No es entonces una casualidad el hecho que la discusión de la globalización del Derecho penal en ciertos ámbitos de intervención esté propiciando contra las amenazas supranacionales

---

ejemplo, aparece en la rúbrica del Título XIII junto al patrimonio el 'orden socioeconómico', cuya protección da lugar a delitos como el de la publicidad engañosa (art. 282), la 'tenencia' de cualquier medio 'especialmente destinado' a facilitar la supresión o neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador (art. 270.3) o la utilización no autorizada de una indicación geográfica representativa de la calidad de un producto (art. 275), que en nada se diferencia de las simples infracciones administrativas, algunas de ellas ya contenidas en las correspondientes leyes sectoriales" MUÑOZ CONDE. Francisco "El "moderno" Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y Tendencias". La Ley, 1996, Volumen 5, Páginas 1339 a 1341

<sup>132</sup> Desde luego que un Derecho penal funcionariado por la política criminal y los intereses preventivos generales tiene más fácil justificación ante la opinión pública, y es más rentable política y electoralmente, que un Derecho penal mínimo, puramente garantista, concebido como ultima ratio del Ordenamiento jurídico. Pero esta visión del Derecho penal encierra el peligro de que se le asignen tareas que luego en la práctica no puede cumplir, ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no puede verificar en la realidad" MUÑOZ CONDE, Francisco. Ibídem pp.1339 a 1341.

<sup>133</sup> BECK, Ulrich. Poder y contra poder en la era global la nueva economía política global. Madrid: Editorial Paidós. PÁG. 10 – 11.

nuevamente una expansión de su intervención en determinados sectores como los referidos a los delitos informáticos de manera general y específico contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en la red.<sup>134</sup>

La preocupación natural por la expansión del Derecho penal y los desafíos que éste enfrenta debido al desarrollo de nuevas tecnologías y la masificación de Internet como instrumento propicio de muchas de las mismas, se ha trasladado a los terrenos del Derecho informático en lo que tiene que ver con la defraudación de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, y debe propenderse porque la necesaria respuesta no desborde los límites del derecho penal propios de un Estado social y democrático de derecho, pues la pretendida internacionalización y globalización que se acrecienta en esta materia no tiene que sufrirse sólo bajo los rigores del derecho penal<sup>135</sup> y menos por hetero-imposición de la comunidad internacional.

Consecuentes con el párrafo anterior, partiendo de la base que en estas nuevas áreas de desarrollo tecnológico, también tendremos Derecho penal

---

<sup>134</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. Revista Penal N° 25. 2009

<sup>135</sup> “No debe resultar extraño, por ello, que aún hoy se estime, pese a las elevadas tasas de reincidencia – que demuestran que el Derecho penal ha vuelto a fracasar precisamente en relación con quienes ya fracasó anteriormente –, que el Derecho Penal sigue siendo según la célebre frase contenida en el Preámbulo del Proyecto Alternativo de un nuevo Código Penal Alemán de 1966, “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres”, o, dicho de otra manera, que todavía no se ha cumplido el deseo de en su día expresado por RADBRUCH de que “algún día la evolución del Derecho Penal vaya más allá del propio Derecho Penal y que su perfeccionamiento produzca no ya Derecho penal mejor, sino un Derecho... que sea mejor que le Derecho penal, más prudente y humano que éste” y, que, en consecuencia, “hay” como afirma GIMBERNAT ORDEIG, E. “Derecho Penal para rato” RIBAS, Ramón Eduardo, la respuesta del derecho penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía ¿al derecho penal de cinco vías? En: Nuevos Retos del Derecho Penal en la era de la globalización. FARALDO CABANA, Patricia (Directora) Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2004. p. 187.

para rato, y que las fuentes de justificación residen en parte en la globalización e internacionalización cada vez más para la intervención del Derecho penal, es justo referenciar como los desarrollos de la legislación en materia de propiedad intelectual en el entorno digital<sup>136</sup> tienen un sustento claro en el Derecho inter- y supranacional, bien en el caso del Derecho español, que está sometido a directrices propias del marco normativo común europeo, como por las recomendaciones e imposiciones que surgen de los tratados internacionales multilaterales sobre la materia<sup>137</sup>.

Por lo tanto, el punto de partida para el estudio de la respuesta que el Derecho penal viene dando a los nuevos ataques contra la propiedad intelectual debe ser desde las respuestas que se vienen articulando en el ámbito internacional y sin duda han influido en la regulación española sobre la materia, como pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

---

<sup>136</sup> “Desde su nacimiento, propiedad intelectual y tecnología han avanzado juntas: cada novedad tecnológica ha comportado modificaciones legislativas para redefinir los derechos, establecer excepciones o redibujar sus límites. La revolución digital no ha sido una excepción. La tecnología digital pone en peligro el régimen de la propiedad intelectual, cuestionando dos de los pilares fundamentales del sistema: por un lado, facilita (sin demasiado esfuerzo ni inversión) la realización de copias perfectas del original, y por otro, permite prescindir del soporte físicamente tangible que contiene la obra. Curiosamente, sin embargo, el régimen de la propiedad intelectual se ha visto reforzado con la tecnología digital” XALABARDER PLANTADA, Raquel. Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al copyright? En: UOC Papers Revista sobre la sociedad del conocimiento, nro. 2, (marzo de 2006), p. 5.

<sup>137</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Expresa sobre el doble efecto de los tratados: De una parte, obligan a los Estados que lo suscriben a establecer una protección mínima de los correspondientes derechos, consiguiendo así alcanzar una cierta uniformidad en las legislaciones relativas a la propiedad intelectual. De otra, obligan a dichos Estados a aplicar la propia legislación a los nacionales o residentes de los demás Estados que son parte, dando así cumplimiento al principio de equiparación de tales nacionales o residentes con los propios nacionales, aun cuando ello no elimine por completo el principio de reciprocidad. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Manual de propiedad intelectual, (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R), Valencia, 2006, p. 38.

## **2.1. Normativa internacional por infracciones a la propiedad intelectual con incidencia en el Derecho Español**

La vocación internacional de las creaciones, que se difunden más allá de las fronteras del país donde se han editado, producido o emitido, ha desaconsejado siempre protegerlas únicamente a partir de una regulación nacional. Con base a esta vocación mundial de los derechos de propiedad intelectual, se abandona paulatinamente el principio de territorialidad, y se aumentan cada vez más las estrategias de unificación de las posturas legislativas a través de la cooperación internacional. Por ello, existen convenios internacionales multilaterales que se van modificando conforme surgen nuevas tecnologías y cuya finalidad fundamental ha sido la de armonizar las muy diversas legislaciones de propiedad intelectual.<sup>138</sup>

Entre ellos interesa destacar por su importancia, en primer lugar, el ya citado Convenio de Berna de 9 de Septiembre de 1886, para la protección de las obras Literarias y Artísticas revisado en París el 24 de julio de 1971, que supuso el primer intento armonizador internacional y del que forma parte más de un centenar de Estados.

En segundo lugar, el Convenio Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, sobre derechos de autor, revisado en París el 24 de julio de 1971, concluido en el ámbito de la UNESCO, cuya importancia se ha visto

---

<sup>138</sup>Para ampliar el tema ver: BONDEAU, Oliver y SÁNCHEZ CEDILLO, Raúl. Capitalismo cognitivo: propiedad intelectual y creación colectiva. Editorial Traficantes de Sueños. Madrid. 2004. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos y otros. Manual de la propiedad industrial. Marcial Pons. Barcelona. 2013. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Ley aplicable a las patentes en derecho internacional privado español. Revista Anales del Derecho. Universidad de Murcia. España. Vol. 19. 2001. GARCÍA HEREDIA, Alejandro. Fiscalidad internacional de los cánones: Derechos de autor, propiedad industrial y know-how. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2007.

desplazada desde el momento en el que EE.UU, se adhirió al Convenio de Berna.

En tercer lugar, también es reseñable el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o *TRIPS*) de 15 de abril de 1994, que puso de relieve la importancia económica de la propiedad intelectual en el comercio internacional e instó a todos los países miembros al respeto y protección de la misma, reconociendo la protección por derechos de autor de los programas de ordenador, a los que consideró como obras literarias a los efectos de protección.

Respecto de los derechos conexos, el Convenio de Roma de 1961 de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y el Convenio de las Naciones Unidas para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas.

Igualmente, destacan el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (conocido como TODA o en su versión inglesa, *WCT*) aprobado en la Conferencia Diplomática celebrada del 2 al 20 de diciembre de 1996; y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF), aprobado también en la mencionada Conferencia, así como las declaraciones conjuntas relativas a estos dos Tratados son el primer intento de adaptación legislativa de los derechos de autor y los derechos conexos a la Sociedad de la Información. El TODA entró en vigor el 6 de marzo de 2002 y el TOIEF el 20 de mayo de 2002. Con estos dos Tratados las medidas tecnológicas de

protección de los Derechos de autor se han integrado por primera vez en un texto internacional.

En el *ámbito de la UE* debe destacarse, en primer lugar, el intento armonizador de la extensión de los derechos de autor y el régimen de excepciones reflejado en el Libro Verde de 19 de julio de 1995 sobre los Derechos de autor y los Derechos afines en la Sociedad de la Información (conocido como Libro Verde). La Directiva 91/250/CE de 14 de mayo de 1991, de protección jurídica de programas de ordenador y la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre protección de las bases de datos de 22 de Mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de Autor y derechos Afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información (conocida como Directiva DASI) constituyen el gran paso comunitario hacia la armonización de los derechos de autor en los Estados miembros y su adaptación a las nuevas tecnologías de la información.

La Directiva DASI recoge el contenido de los Tratados de la OMPI y contempla cuestiones tan importantes y controvertidas como las excepciones a los derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información.<sup>139</sup>

En los ámbitos de desarrollo internacional han calado la permanente producción de normativa relativa a la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital, máxime a partir de la masificación de Internet y nuevas

---

<sup>139</sup> Ver: XALABARDER PLANTADA, Raquel. Infracciones De Propiedad Intelectual. La digital Millenium Copyright Act de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre los derechos de autor en la Sociedad de la Información. Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial. 17-18 junio 2002. Madrid. SOL MONTAÑOLA, Mario y otros. El test de las tres etapas y la comunicación pública. Revista de los estudios de Derecho y Ciencia Política de la OUC. 2005. ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia. Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet. Editorial Comares. Granada, España. 2006.



tecnologías de la comunicación e información de fácil acceso para el común de las personas. Uno de los resultados de incorporación de instrumentos de protección fue la aprobación (Diciembre 1996) y entrada en vigor (marzo 2002) de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (WIPO Copyright Treaty) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (WIPO Performances and Phonograms Treaty), conocidos comúnmente como los “Tratados Internet”, que inician una serie de regulaciones sobre los derechos de propiedad intelectual en el medio digital.

Estos Tratados establecieron que la transmisión digital de un contenido – obra o prestación - implica la realización de una copia, cuando menos en el punto de recepción.<sup>140</sup> De hecho, cuando se accede a una obra protegida a través de un servidor y un usuario recibe una copia, se puede invocar el derecho de reproducción y no el de comunicación pública. En definitiva esa es la postura que se tomó en la primera de las Declaraciones Concertadas anexas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)<sup>141</sup>.

En el mismo sentido, se reafirmó (existía ya un amplio acuerdo en las reuniones de expertos previas) que el almacenamiento en la memoria temporal de una computadora debe ser considerado un acto de reproducción. Ello se logró en las Declaraciones Concertadas al Artículo 1.4) del WCT y a los Artículos 7,11 y 16 del WPPT.

---

<sup>140</sup> Para ampliar este concepto ver: NEGROPONTE, Nicholas. Ser digital. Editorial Atlántida. Buenos aires. 1995. JÓDAR MARTÍN, Juan Ángel. La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales. Dialnet. Nro. 71. 2010

<sup>141</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. la protección del derecho de autor y los derechos conexos en la era digital. En: [http://www.cadra.org.ar/upload/Ballesteros\\_Tratados\\_OMPI.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Ballesteros_Tratados_OMPI.pdf) (Ult. Vis. 20.09.2015).

Otro derecho importante, el derecho de comunicación al público, que en definitiva está dirigido a la radiodifusión, también se aplica a ciertos casos de transmisiones interactivas solicitadas expresamente. El Artículo 8 del WCT y sus correlativos los Artículos 10 y 14 del WPPT dicen que el derecho exclusivo de la comunicación al público comprende: *“la puesta a disposición del público de sus obras [interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas] [fonogramas], de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras [interpretaciones o fonogramas] desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Los Tratados otorgaron además a los titulares de contenidos protegidos por derecho de autor o conexos lo que se considera un arma poderosísima y cuyos efectos desfavorables comienzan a preocupar ahora a los usuarios, particularmente al “club de nuevas víctimas” del derecho de autor, ahora que éste ha recobrado su vigor. Nos referimos a las obligaciones impuestas a los Estados parte de proporcionar protección jurídica adecuada y recursos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas para preservar obras y prestaciones de actos violatorios (arts. 11 WCT y 18 WPPT) como también para proteger la información electrónica sobre la gestión de derechos (arts.12 WCT y 19 WPPT)<sup>142</sup>.

Todos los sectores involucrados se unieron en la lucha, pero corresponde resaltar la paciente pero segura labor que correspondió a dos grupos principales de titulares. Los autores, involucrados en el gran proyecto

---

<sup>142</sup> Ibídem.

CIS (Sistema Común de Información) llevado adelante por la CISAC y cuyo primer portal fue LATINAUTOR (la Organización Iberoamericana de Derecho de Autor) y su herramienta LatinNet, ambos elaborados por la gran mayoría de las sociedades iberoamericanas (las de Latinoamérica más SGAE de España y SPA de Portugal); y en segundo, pero principalísimo lugar, la industria fonográfica, nucleada en la IFPI, cuya tenacidad en la persecución de las violaciones en el medio digital fue realmente implacable.<sup>143</sup>

En el primer caso, *las sociedades de gestión colectiva demostraron estar a la altura del desafío, implantando sistemas de seguimiento y control para la utilización de obras y prestaciones en el medio digital, estructurando un sistema de licencias de acuerdo a los distintos usos que fueron surgiendo y negociando tarifas que poco a poco fueron conformando a los otrora asoladores, convertidos hoy en clientes poderosos y cumplidores*<sup>144</sup>.

Con el advenimiento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, de bloques comerciales y modelos de integración supranacionales, la protección de la propiedad intelectual ha sido objeto de una especial atención, en una primera aproximación, podría considerarse que este interés es una

---

<sup>143</sup> Vid. GIORDANINO, Eduardo Pablo. Identificación de autores: Nombres y números. Revista E-printslibrary and informationscience. 2013. LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y diversidad cultural. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Nro. 3. 2007. ZUKERNTI, Eduardo. Redactor y editor. Observador de medios de comunicación en América Latina. Fundación Konrad Adenauer. 2008

<sup>144</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. Seminario Sobre Derechos De Autor, Cultura Y Desarrollo: El libro y su paso del anaquel a la Internet. Bogotá: "Políticas Públicas en Derecho de Autor: una necesidad urgente para América Latina.. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. 2007. También en: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. La gestión colectiva en el medio digital: licencias transfronterizas ¿una utopía? Puntos de Vista. Legis Editores, Bogotá, 2012, p. 100 En: <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/p%C3%A1ginas%20desdela%20gestion%20colectiva%20pdf%20-%20adobe%20acrobat%20pro.pdf> (Ult. Vis. 1.07.2017).

consecuencia inherente a la libre circulación de mercancía en un espacio geográfico determinado. Ciertamente es, sin embargo, que a lo anterior habría que agregar dos (poderosos) factores que, estrechamente vinculados, han potenciado el desarrollo – hasta niveles difícilmente imaginables y en un plazo relativamente corto – de nuevos soportes para las creaciones del intelecto y, al mismo tiempo, medios para reproducirlos y difundirlos. Por una parte las nuevas tecnologías y, por otra la (creciente) importancia económica que, a nivel mundial, representa la producción y distribución de materiales tutelados o amparados por las leyes de propiedad intelectual.<sup>145</sup>

Paralelamente al desarrollo de las llamadas *copyright industries* y su innegable importancia en el proceso productivo, los beneficios económicos que se pueden obtener por medio de la vulneración de las facultades inherentes a la propiedad intelectual son comparables a otras manifestaciones de la gran delincuencia económica<sup>146</sup>, de ahí que los esquemas de protección hayan superado las barreras nacionales y estén determinados a marcos de protección desde el Derecho internacional y numerosas directivas de la comunidad económica europea que tienen toda influencia en el derecho español.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Joaquín. Ciencia y comunicación científica: edición digital y otros fundamentos de libre acceso al conocimiento profesional de la información. E-prints in library and informationscience. Vol. 14 Nro. 4. 2005. FEIJOO GONZÁLEZ, Claudio Antonio. Soportes digitales y transformación de las industrias de contenidos. Revista el Profesional de la Información. Vol. 22. Enero 2013. FERNÁNDEZ QUIJADA, David. Nuevo modelo de distribución audiovisual. E-prints in library and informationscience. Internet Global congress, Barcelona. 2005

<sup>146</sup> GONZÁLES GÓMEZ, Alejandro. La protección penal de la propiedad intelectual en el marco de los tratados multilaterales: los casos de España (UE) y México [TLCAN/ (NAFTA)]. pp. 321, 323; 326, 328.

<sup>147</sup> Entre las Directivas específicamente ordenadas a la materia que nos ocupa debe citarse la 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; la 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la 93/98/CE, de 21 de octubre de 1993, sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines; o la 93/83/CEE del Consejo,

---

de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable. Por su parte, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información está en la base no sólo del contenido de las disposiciones penales, sino ya antes de las previsiones de la LPI. En concreto, sus arts. 2, 3 y 4 definen los distintos derechos que corresponden al titular del derecho de propiedad intelectual. Así, el art. 2 contempla el derecho de reproducción, el art. 3 el derecho de comunicación al público de obras y el derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas, y el art. 4 el derecho de distribución. Entre las obligaciones instituidas a los Estados miembros, el art. 6 contiene el germen de lo que, según veremos, se incorporó tanto a la ley civil como penal; a saber, la sanción de determinadas conductas orientadas a la elusión de medidas tecnológicas de protección de los contenidos de propiedad intelectual. Por su parte, el art. 8 consagra la obligación de los Estados miembros de establecer "sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación de los derechos y deberes" previstos en la Directiva, debiendo ser las sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias". De obligada cita son los instrumentos comunitarios que contemplan la posibilidad de excepcionar la confidencialidad de las comunicaciones para facilitar la persecución y castigo de las infracciones a los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Se trata de excepciones recogidas en términos meramente potestativos, esto es, en tanto opción a la que pueden acogerse los Estados miembros, y no como obligación para éstos, tal como por lo demás tuvo ocasión de sentar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 29 de enero de 2008 en el caso *Promusicae*. Nos referimos, en concreto, a las Directivas 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la sociedad de la información; la 2002/58, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la 2004/48, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Recordemos que la Directiva 95/46/CE contempla en su art. 13.1 la posibilidad de que los Estados miembros promuevan medidas que restrinjan la obligación de confidencialidad de los datos personales para la salvaguarda, entre otros, de "la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas". Conforme al art. 14.2 de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, se prevé en términos potestativos que los Estados miembros establezcan "obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento". Por su parte, la Directiva 2002/58 consagra como regla general en su art. 5.1 el deber de los Estados miembros de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico a ella asociados realizadas a través de las redes públicas de comunicación y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. No obstante, contempla en el art. 15.1 la posibilidad de excepcionar tal obligación general "cuando tal limitación constituya una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de derechos a la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que hace referencia el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46 CE". Todo ello, según el mismo art. 15, de conformidad "con los principios generales de Derecho comunitario, incluidos los mencionados en los apartados 1 y 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea". La contemplación de tales medidas está presente igualmente en la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contiene una serie de disposiciones relativas a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual. En concreto, establece medidas,

De manera somera hemos querido presentar una visión de la cantidad de legislación internacional llámense convenios internacionales, llámense tratados multilaterales o directivas de la unión europea que han incidido o podido incidir directamente en que la regulación de los derechos de autor en línea esté sometida a constantes cambios en los diferentes países en tanto los tratados, convenios y directivas implican compromisos ineludibles a implementar en la legislación interna de los respectivos Estados firmantes, no quedando duda que se va apuntando hacia una regulación cada vez más global, al menos más grupal, entre diferentes bloques de Estados y otro asunto a resaltar es que precisamente las infracciones de los derechos de propiedad intelectual que propician las nuevas tecnologías es lo que precisamente ha permitido un inusitado y constante desarrollo de intervención en esta materia.

---

procedimientos y recursos de carácter civil y administrativo, entre los que se comprende en su art. 8 la obligación de los Estados miembros de que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar, entre otros aspectos, la obtención de información para identificar y localizar a los supuestos infractores. Digna de cita es, por otra parte, la propuesta de Decisión Marco del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el ámbito penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, que prevé la "participación activa de las víctimas" para facilitar el desarrollo de la investigación, así como la Directiva 2005/0127/COD, de 12 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales dirigidas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contempla la obligación de los Estados miembros de castigar con sanciones penales determinados atentados contra la propiedad intelectual, siempre que sean cometidos a escala comercial, obligación que se hace extensiva a los actos de tentativa, complicidad e instigación. Para ellos se prevé el deber de imponer penas privativas de libertad para las personas físicas así como una multa y el decomiso en el caso de las personas jurídicas. Un ulterior paso en la materia lo representó la aprobación de una Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 25 de abril de 2007, respecto a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. La Directiva, que excluye las patentes<sup>37</sup>, dispone en su art. 3 que "Los Estados miembros velarán por calificar de infracción penal toda vulneración intencional de un derecho de propiedad intelectual cometida a escala comercial, así como la complicidad y la instigación a la comisión de dicha infracción", si bien el mismo artículo contempla una serie de excepciones extensivas a los casos correspondientes al denominado uso razonable de la obra protegida. Las sanciones a imponer se contemplan en el art. 4, que para las personas físicas consistirán en penas privativas de libertad y multas penales, y para las jurídicas, multas que pueden no tener naturaleza penal. GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. pp. 12-15

La amplitud de esta normativa y sobretodo el enorme número de problemas que la misma trata de afrontar requeriría de un análisis tan extenso que desbordaría los contornos y las posibilidades de este trabajo, específicamente centrado en el análisis de los problemas de los P2P, a los que ninguna de las normas internacionales citadas se refiere de forma expresa y directa.

Precisamente por ello, dejando ahora a un lado el estudio más detallado de dicha normativa, hemos optado a continuación, por concentrar ya nuestra atención específicamente en el estudio del que constituye el objeto primordial de estudio de esta tesis y que, a nuestro modo de ver es uno de los problemas más problemáticos relacionados con los retos que las nuevas tecnologías plantea al Derecho penal protector de la propiedad intelectual, como es precisamente el significado que para la comisión de conductas contra dichos derechos han tenido la aparición y la generalización del uso los sistemas intercambios de archivos a través de redes *Peer to Peer*.

### **3. Los modernos sistemas *Peer to Peer* como mecanismo para la comisión de conductas contra la propiedad intelectual. Planteamiento del problema.**

Las redes peer-to-peer (P2P) o red de pares iguales, constituyen una red de ordenadores centralizados o no en la que distintos nodos están interconectados entre sí y pueden actuar como servidores y clientes facilitando el intercambio de información que puede hacerse de manera directa entre los distintos usuarios conectados a la red. Estas redes ofrecen la posibilidad de compartir todo tipo de información (archivos) entre los usuarios interconectados, generando así, un universo de información compartible, en la

medida que más usuarios estén interconectados en dicha red y más archivos tengan disponibles para compartir.

De acuerdo con FERNÁNDEZ QUIJADA, el concepto *peer-to-peer* hace referencia a un sistema de transmisión de datos en red que no utiliza el habitual esquema cliente/servidor predominante en Internet, sino que basa su funcionamiento en un sistema sin jerarquías donde todas las máquinas son a la vez clientes y servidores. Por ello, se le llama intercambio entre iguales, lo cual ha provocado críticas por parte de los titulares de derechos de autor especialmente de la industria cinematográfica y audiovisual, ya que consideran que el intercambio de contenidos de forma libre constituye un comportamiento ilícito que debe ser penal y civilmente perseguido, porque el ideal del *procomún* para acceder a la información no justifica en ningún caso la vulneración evidente de derechos legítimos.

Frente a estos detractores está el movimiento de defensores del P2P, que alegan que este sistema no supone una infracción a la propiedad intelectual porque son una forma de esparcir el valor intelectual de las obras, además de que la libre circulación de información en la red contribuye a la innovación científica, cultural y técnica; fines necesarios en países en vía de desarrollo.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ QUIJADA, David. p2p: Nuevo paradigma comunicativo convergente. Segundo Congreso Gallego do Audiovisual, 18 diciembre, 2004, Santiago de Compostela, Universidad Autónoma de Barcelona, disponible en: [http://eprints.rclis.org/bitstream/10760/7752/1/p2p\\_nuevo\\_paradigma\\_comunicativo\\_convergent\\_e.pdf](http://eprints.rclis.org/bitstream/10760/7752/1/p2p_nuevo_paradigma_comunicativo_convergent_e.pdf) (ult. Vis. 1.07.2017)



El problema radica en que precisamente del universo de archivos que cada usuario/servidor ponga a disposición en la red desde su ordenador personal, muchos de ellos puedan estar protegidos por derechos de propiedad intelectual respecto de los cuales el sujeto podría no tener facultades y/o derechos para compartirlos, lo que podría determinar una vulneración para la propiedad intelectual.

Si el titular de los derechos de autor (incluido los derechos de explotación económica) es quien decide divulgar y poner a disposición su obra por medio de internet o de redes *Peer to Peer* no habría problema alguno a valorar, pero, por ejemplo, quien simplemente compra una obra musical, literaria o artística para su disfrute personal, adquiere una copia de la obra de manera legal que podría no darle el derecho de distribuirla públicamente en una red *Peer to Peer*, al no ser titular de los derechos de explotación económica de la misma.

Es importante aclarar en este previo planteamiento del problema, que no todas las redes *Peer to Peer*, son ilegales, es decir, en principio cualquier red *Peer to Peer* en la que se transmiten archivos no vulneradores de derechos de terceros, como son los de propiedad intelectual, son redes que no tendrían problema desde la perspectiva de la distribución lícita de contenidos. La ilicitud con respecto a la distribución de contenidos, deviene cuando la red se utiliza precisamente para lo que no está permitido, como es compartir obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual sin contar con la debida autorización de los titulares de los mismos.

De hecho en la industria del entretenimiento se observa la tendencia del crecimiento de redes *Peer to Peer* consideradas legales que se dedican a la distribución y comunicación de obras que estando protegidas por los derechos de propiedad intelectual, respecto de las cuales, previamente se ha obtenido la respectiva autorización de los titulares de las mismas o de quienes administran los derechos conexos que se derivan, por lo cual su comunicación no sólo no se consideran ilegal, sino que implica un modelo de negocio para la industria del entretenimiento en la era digital.<sup>149</sup>

Es necesario anotar, que dentro del problema que suponen las redes *Peer to Peer* donde se pueden intercambiar contenidos de forma ilegal, frente a la vulneración de derechos de propiedad intelectual, también ha entrado en consideración la actividad que realizan aquellos que “enlazan” a obras protegidas por los derechos de propiedad y compartidas en las redes *Peer to Peer* sin la respectiva autorización de sus titulares; actividades estas, cuya legalidad fue ciertamente puesta en cuestión.

Es importante entonces, para abordar el tema a profundidad en cuanto a la responsabilidad de los distribuidores ilegales de contenido, iniciar por establecer el funcionamiento de las mismas y el papel que juegan quienes en ella intervienen.

---

<sup>149</sup> Vid. CARBAJO CASCÓN, Fernando. “La protección de la propiedad intelectual ante la amenaza de las redes peer to peer”, en Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, cerlac, Soporte Editorial N° 7, enero-junio de 2010.

### 3.1. Condiciones técnicas del intercambio de archivos en las diferentes redes Peer to Peer.

El desarrollo de la tecnología de los formatos de comprensión de audio Mp3, Mp4, formato Windows Media Audio (WMA) de Microsoft, *Advance Audio Coding (ACC)* de Apple, se consideran como un antecedente favorecedor del desarrollo de las redes *peer to peer* que también se la conoce como tecnología de compartimiento de archivos, desarrollo de *file Sharing technology*, programas facilitan entre los usuarios del mismo intercambio de todo tipo de archivos (Audio, Video, Texto, Multimedia, etc...).<sup>150</sup>

En nuestros días no puede decirse que los únicos mecanismos de intercambio de archivos digitales son los facilitados por las redes *peer to peer*, toda vez que precisamente, el desarrollo de nuevas tecnologías de telefonía celular, en el formato de los Smart Phone, y los usos permitidos en redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, entre otras) o las redes de mensajería instantánea (WhatsApp, Skype, entre otras) permiten también el intercambio de todo de tipo de datos y muchos los cuales podrían estar cubiertos por derechos de propiedad intelectual, con lo que su intercambio podría estar vulnerando este tipo de derechos, sin embargo, la atención se centra en las

---

<sup>150</sup> Para una profundización sobre el tema ver: MONTANEZ TORRES, Sandra Neyid y PÉREZ CASTILLO, José Nelson. Modelo de portal para el Laboratorio de Computación Grid. Revista Ingeniería y Universidad. Vol. 12 Nro. 2. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2008. MOLINA, José Luis. La ciencia de las redes. Universidad de Barcelona. Revista apuntes de ciencia y tecnología, Nro. 11. junio de 2004. TASCOTT, DON. La era digital. Cómo la generación net está transformando el mundo. McGraw Hill. 2009

conductas de “file Sharing” facilitadas por las redes p2p debido a su impacto masivo.<sup>151</sup>

*“La expresión inglesa peer to peer, traducida al castellano como entre iguales, de par o de punto a punto, hace referencia a una red informática entre iguales, es decir, a una red que no tiene clientes ni servidores fijos, sino sencillamente, una serie de nodos que se comportan al mismo tiempo como clientes y servidores entre sí. De este modo, cualquier nodo puede actuar en un momento determinado como servidor, y acto seguido como cliente iniciando, deteniendo o complementando una transmisión. Ambos nodos, ambas partes de la comunicación, son iguales, y no como ocurre habitualmente, en que una parte es cliente y otra servidor, de ahí el significado gráfico de la denominación de red entre iguales. La filosofía y la razón de ser de estas redes se encuentra en la finalidad de compartir archivos, estando orientado todo el sistema al establecimiento de los medios necesarios para facilitar ese intercambio de archivos”<sup>152</sup>*

En el intercambio masivo de archivos en redes P2P se produce generalmente y de *facto* (independientemente de las realidades jurídicas del mundo analógico) la aplicación de las cuatro libertades del software libre a cualquier obra susceptible de ser digitalizada o la libertad de usar el programa, con cualquier propósito (Uso):

---

<sup>151</sup> Ver: LLORET MAURI, Jaime Y Otros. Evolución y contenido de las redes P2P de compartición de ficheros de dominio público. Departamento de comunicaciones Universidad Politécnica de Valencia. 2005. RHEINGOLD HOWARD. Multitudes inteligentes. La próxima revolución social. Editorial Gedisa. 2004. LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. Modelos de comunicación en Internet. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004

<sup>152</sup> URIARTE VALIENTE. Luís María. Delincuencia organizada a través de Internet. En: Revista La Ley. Nro. 43. Febrero 2008. p. 30.

1. La libertad de estudiar cómo funciona el programa y modificarlo, adaptándolo a las propias necesidades (Estudio).
2. La libertad de distribuir copias del programa, con lo cual se puede ayudar a otros usuarios (Distribución).
- 3 La libertad de mejorar el programa y hacer públicas esas mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie (Mejora).

Normalmente Las libertades 1 y 3 requieren acceso al código fuente porque estudiar y modificar software sin su código fuente es muy poco viable<sup>153</sup>.

Por otra parte, *“El sistema se complementa, además, con el establecimiento de un régimen meritocrático, en el que el usuario consigue méritos al compartir archivos, acumulando mayores méritos cuantos más archivos comparta. Estos méritos se traducen en la obtención de privilegios, de manera que disfrutará de manera que disfrutará de mayores privilegios quien más méritos obtenga, y por lo tanto, quien más archivos comparta. Los privilegios se traducirán, en definitiva, en la prioridad en el acceso a los archivos que se comparten en la red. Este sistema de privilegios es el que da dinamismo a la red, que de este modo se abastece de nuevos ficheros para compartir, aportados por usuarios que quieren adquirir privilegios, ficheros que no llegarían seguramente a ingresar en el sistema si no fuera por este régimen de privilegios. Es por ello por lo que aquellos usuarios que sólo consumen*

---

<sup>153</sup> Disponible en: <https://prezi.com/upksgoofcghd/software-educativo-libre/> (Ult. Vis. 3.03.2015)

*recursos en una red p2p –leechers-, son considerados una amenaza para la estabilidad del sistema”.*<sup>154</sup>

Todo este sistema de intercambio está basado en una serie de reglas, tanto técnicas como de actuación, que rigen su funcionamiento, reglas cuya inobservancia impide el acceso o el debido funcionamiento de la red. Estas reglas, aparecen extensamente expuestas en muchas de las páginas web<sup>155</sup>.

*“El sistema Peer to peer se basa en los mismos principios básicos que el sistema Napster. Los usuarios descargan un programa de ordenador gratuitamente después de aceptar una licencia de uso que, entre otras cosas, les “obliga” a cumplir los derechos de propiedad intelectual. El programa permite la comunicación entre los usuarios y la creación de una red que facilita*

---

<sup>154</sup> Ibídem.

<sup>155</sup> Reglas para la usabilidad de la red son: 1. Visibilidad del estado del sistema: la web debe informar en todo momento de dónde se encuentra y lo que está pasando. No, no me refiero a que aparezcan a tiempo real las noticias de actualidad, sino de que el usuario reciba un adecuado feedback de la web. Por ejemplo si se está descargando algo de la web una buena retroalimentación sería una barra de progreso de la descarga; o que al enviar datos a través de un formulario la web nos avise si el formulario se ha enviado correctamente. 2. Relación entre el sistema y el mundo real: lo que viene a decir que la web debe hablar el mismo lenguaje que los usuarios. Este será un lenguaje que cualquiera entienda (salvo que la web sea para un público muy específico, como un portal de físicos, en cuyo caso el lenguaje se adaptaría a ese colectivo). Esto se refiere no solo al texto, sino también a los elementos visuales. Por ejemplo, todos asociamos el verde a las cosas bien hechas y el rojo a los errores. 3. Control y libertad del usuario: el usuario debe navegar con total libertad por la web. La idea es que desde dónde está pueda ir a cualquier lugar de la web sin encontrarse con “callejones sin salida”. 4. Consistencia y estándares: Toda la web debe tener un diseño consistente y estandarizado. No puede ser que, por ejemplo, en una página el fondo sea negro y en otra blanco. 5. Prevención de errores: mejor prevenir los errores que advertir de ellos una vez que ocurren. 6. Reconocimiento antes que recuerdo: la web debe ser intuitiva. Que el usuario pueda llevar a cabo una acción sin tener que recordar como la ha hecho anteriormente. ¿No os pasa que a veces estáis en un apartado de una web y tenéis que recordar el camino que habéis hecho para llegar hasta allí? Son las cosas que se pretenden evitar en este punto. 7. Flexibilidad y eficiencia de uso: si alguien es usuario habitual de tu web, ¿Por qué no facilitarle las cosas? Facilita a los usuarios experimentados caminos rápidos para realizar las acciones frecuente. 8. Estética y diseño minimalista: elimina cualquier información o dialogo irrelevante en la web. 9. Ayudar a los usuarios a reconocer, diagnosticar y recuperarse de errores: lo mejor es que no haya errores, pero si los hay al menos que el usuario pueda identificarlos y corregirlos fácilmente. Nada de mensajes confusos y ERROR 404. 10. Ayuda y documentación: por muy intuitiva y usable que sea la web, siempre es necesario que haya una ayuda a la que acceder fácilmente. PENGUIN, WILLIAM. (s.f.). las 10 reglas de oro de la usabilidad web. Disponible en : ] <http://www.yoseomarketing.com/blog/las-10-reglas-de-oro-de-la-usabilidad-web/> (ult. Vis. 20.09. 2015)

*la búsqueda de archivos concretos para que aquéllos los descarguen sin pagar ningún tipo de derechos de autor. Pero, hay una pequeña diferencia; la página web no pone a disposición de terceros, en ningún momento, ninguna obra protegida (salvo el programa de ordenador del que es titular), sino que permite a través del software que los usuarios contacten entre sí y, desde sus propios ordenadores, carguen y descarguen cualquier obra del ingenio”.*<sup>156</sup>

Existen varios modelos de redes P2P<sup>157</sup>: 1) las <<redes P2P puras o descentralizadas>> que no contienen un servicio central y los usuarios actúan como cliente y servidores al mismo tiempo; 2) las <<redes P2P híbridas o centralizadas, que contienen un servidor central que guarda la información de los usuarios y responde a las demandas de los mismos, aunque los usuarios son los encargados del almacenamiento de los ficheros y de lo que se haga con ellos; y 3) la <<redes P2P mixtas>> que participan de las características de las dos anteriores.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> De NOVA LABIÁN, Alberto José. Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de (...) op. cit p. 246.

<sup>157</sup> “Una red P2P es una red entre iguales, que cuenta con el potencial de los ordenadores de usuarios y con el ancho de banda de todos los participantes en la red y permite al usuario final comunicarse con otro usuario sin, en principio, la necesidad de un servicio central. En efecto, el modelo de red P2P difiere del modelo tradicional <<cliente servicio>> donde las comunicaciones se hacen desde y hacia un servicio central. Un ejemplo típico de una red que no es P2P es el FTP donde un usuario carga un archivo en el servidor FTP y otros usuarios pueden bajarlo, sin necesidad de que el que carga el archivo y el que lo descarga tengan que estar conectados”. ESTEVE GONZALES, Lydia. Aspectos internacionales (...) op. cit. p. 62.

<sup>158</sup> NOVA LABIÁN, A. Indica que: “(...) un ejemplo de una red P2P descentralizada es el programa Ares Galaxy creado a mediados de 2002 para descargas de contenidos de música; para el caso de una red P2P centralizada hay que referirnos al caso Napster que permitía la descarga, carga, transmisión o distribución de obras musicales protegidas por el Derecho de autor; y como una red P2P mixta un claro ejemplo sería el sistema de descarga Pando, cuyo función es el de servicio de hosting, debido a que el usuario envía el archivo a través del programa a una dirección de correo electrónico, el archivo se queda en los servidores de la empresa y se envía un archivo con extensión pando para que el receptor pueda abrirlo y empezar la descarga, el receptor tiene un plazo de 30 días para descargarlo, de lo contrario es eliminado de los servidores de Pando”. DE NOVA, Alberto. Problemática de la propiedad intelectual en el ámbito de Internet. En: Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet. Ed. Dykinson. 224-233.

Uno de los modelos más populares en la actualidad, es el proporcionado por *BitTorrent Inc.*, una empresa localizada en San Francisco, California, que permite que todos los usuarios cooperen y contribuyan a su vez en la distribución de los archivos en diferentes formatos, gracias a un programa que permite descargar archivos de gran tamaño, a alta velocidad, con una interfaz sencilla y opciones de gran alcance<sup>159</sup>.

Entre las condiciones para que exista una red P2P podemos destacar las siguientes. Por una parte, que existan conexiones de red rápidas (ejemplo, *Digital Subscriber Line o DSL*), por otra, la existencia de un protocolo que permita la transacción directa entre los usuarios (ejemplo, el protocolo *Gnutella*, en las redes o sistemas descentralizados o puros y el protocolo *FastTrack* en las redes o sistemas mixtos) y en fin, un programa especial de acceso a la red P2P.<sup>160</sup>

Las posibilidades de estas redes son muchas. Precisamente por ello, junto a los usuarios, organizaciones sin ánimo de lucro como *Electronic Frontier Foundation, EFF* de San Francisco, California 123, están luchando por <<los derechos de los internautas al intercambio de archivos a través de las redes *P2P*>> y defienden que se trata de una actividad legal, siempre que se permita a los usuarios compensar a los autores por el material protegido por derechos de autor<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> BitTorrent inc. The original BitTorrent client. En: <http://www.bittorrent.com/> (Ult. Vis. 20.08.2015)

<sup>160</sup> TANEMBAUM, Andrew S. Redes de computación. Ed. Pearson Educación. México. Cuarta edición 2003. HUIDOBRO, José Manuel y otros. Infraestructuras comunes de telecomunicaciones. Creaciones copyright. 2004. GARCÍA CANO, David. Análisis e implementación de una aplicación de distribuido. Universidad Carlos III. Madrid. 2002.

<sup>161</sup> Vid. <https://www.eff.org/es/about> (Ult. Vis. 3.07.2017)



Sin embargo, existe una gran identificación entre las redes peer to peer y la piratería digital, facilitada por algunas de ellas muy conocidas como KAZAA, ARES, e MULE, entre otras; las cuales suponen un reto para la protección de los derechos de propiedad intelectual que ha obligado a preguntarse al legislador por el régimen de protección penal referido a las conductas que se desarrollan en la misma, veamos ahora con algo más de detenimiento cómo funcionan estas redes analizándolas por categorías o clases<sup>162</sup>, paso previo necesario, para poder después evaluar hasta qué punto quienes intervienen en las mismas pueden recibir una pena por haber contribuido a la producción de ataques a la propiedad intelectual penalmente relevantes.

### **3.2. Clases de redes Peer to Peer**

Como hemos visto, existen diferentes clases de redes de intercambio de archivos entre pares. En concreto, podemos hablar de la existencia de redes centralizadas, semicentralizadas y descentralizadas.

Veamos, a continuación como funcionada cada una de ellas para tener una idee más clara de cómo actúan cada uno de los intervinientes en las mismas; cuestión esta que resulta fundamental para poder determinar después si alguno de dichos sujetos podrán recibir alguna responsabilidad penal por su comportamiento en tales redes y qué requisitos habrían de darse para que ello suceda.

---

<sup>162</sup> SÁNCHEZ FENOLLAR, Luis. ¿Qué son los P2P o peer to peer? , 2012, <http://luissanchezfenollar.blogspot.com.co/2012/10/que-son-los-p2p-o-peer-to-peer.html> (Ult. Vis. 11.08.2016); Noticias por 24 horas, Descarga Gratis programas para bajar música, Ares, Emule, BitTorrent, Soulseek, Kazaa, Utorrent, Shareaza, Bitcomet, KCeasys, aZureus, <http://msnccnn.blogspot.com.co/2015/06/descarga-gratis-programas-para-bajar.html> (Ult. Vis. 11.08.2016)

### 3.2.1. Redes Peer to Peer centralizadas

Como ya apuntamos en estas redes, existe un *servidor central*<sup>163</sup> que administra la red y distribuye su contenido por medio de las interconexiones e intercambios de archivos recibidos y dirigidos una multiplicidad de computadores conectados en todo el mundo. Se requiere un registro previo y una identificación. El paradigma perfecto de estos sistemas es Napster.

En ellas, todos los intercambios de archivos se llevan a cabo por medio de un servidor único. Este servidor es el punto de conexión entre los distintos ordenadores de los usuarios.

Esto funciona de la siguiente manera, la primera generación de P2P (Napster<sup>164</sup>) empleaba una estructura de red cliente-servidor<sup>165</sup>. En la cual el servidor central mantiene una base de datos con información de todos y cada uno de los ficheros servidos por cada par. Por ello, cada vez que el usuario se

---

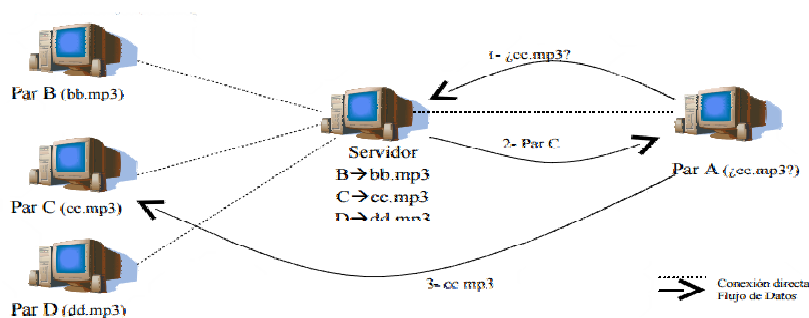
<sup>163</sup> RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Jurisdicción, Competencia y Legislación Aplicable Para Conocer Los Conflictos Derivados De La Infracción De Los Derechos De Autor En La Red. En: Revista Propiedad Inmaterial, Nro. 6, Primer Semestre 2003. Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2003.p. 78 – 79.

<sup>164</sup> La demanda de la RIAAA (*RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA*) llevaría al fin de NAPSTER, la misma se sustentó en que NAPSTER violaba derechos de reproducción (cambio físico de la obra de un soporte a otro) distribución (carga y descarga del archivo) (*directinfringement*. El usuario hace copia privada (autorizado o fair use) pero cuando pasa archivo a disposición de otros usuarios es colectivo. *Contributoryinfringement*: con conocimiento previo, participa, contribuye e induce a actividad que conoce es ilícita, aunque se lleve a cabo por el infractor directo (usuario) es colaborador necesario sin el cual la conducta no se lleva acabo (gran antecedente para la discutible responsabilidad proveedor). Utilizaron recursos de la DMCA (*DIGITAL MILLLENIUM COPYRIGHT ACT*) frente a NAPSTER como si de un ISP (Internet ServiceProvider) se tratase. Se predicó una *Vicariousliability*: responsabilidad por hecho de un tercero. Responsabilidad directa del tercero por su falta de vigilancia o control. En el caso NAPSTER se argumenta que: Existe copyright sobre las obras, se infringe el derecho patrimonial por copias no autorizadas, NAPSTER tiene control y facultad para intervenir las conductas de usuarios frente a copyright y NAPSTER recibe un beneficio económico directo o indirecto por su actividad de intermediación.

<sup>165</sup> Normalmente funcionaba así: Un registro de usuario (*username/password*), se identifica la dirección IP, se instala un software tipo *musicshare*, el usuario crea su propia biblioteca de archivos digitales (en principio orientado a archivos de audio); los usuarios hacen búsqueda de archivos en las bibliotecas de otros usuarios, siendo NAPSTER intermediario.

conecta o desconecta de la red, inmediatamente se actualiza la base de datos. De esta manera todo tipo de información que se busca o recibe es enviada directamente al servidor centralizado. Este servidor centralizado compara la solicitud de los usuarios e inmediatamente busca en su base de datos y envía las respuestas al usuario en cuestión. Una vez que el cliente solicitante es informado, se contacta con el peer directamente y accede al recurso solicitado, por lo que los contenidos nunca son almacenados en el servidor central.<sup>166</sup>

Una de las ventajas del uso de redes P2P centralizadas es que todos los peers (amigos) deben estar registrados, asegurando así búsquedas rápidas, eficientes y rendimiento cuando trata de la localización de recursos.<sup>167</sup>



Imagen

<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> CASTELLÁ MARTINEZ, Damiá. Computación Distribuida en Entornos Peer-to-Peer con Calidad de Servicio. Tesis de Doctorado en Ingeniería. Lleida: Universitat de Lleida. Facultat de Ingeniería. Departamento de Informàtica e Ingeniería Industrial, 2011, p. 12. En: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/51011/Tdcm1de1.pdf?sequence=1> (Ult. Vis. 11.08.16).

<sup>167</sup> CASTELLÁ MARTINEZ, Damiá. "Computación", cit. nota n° 209, p. 12.

<sup>168</sup> SANTÍN GONZÁLEZ, Abel. Peer 2 Peer Sistemas Operativos Distribuidos. Disponible en: [http://www.academia.edu/5263286/Peer\\_2\\_Peer\\_Sistemas\\_Operativos\\_Distribuidos](http://www.academia.edu/5263286/Peer_2_Peer_Sistemas_Operativos_Distribuidos) (Ult. Vis. 17.06.2015)

Podemos resumir el funcionamiento de NAPSTER como pionero del sistema peer to peer centralizado de la siguiente manera:

El usuario instalaba el software NAPSTER en su computadora permitiendo que archivos en formato MP3 fueran compartidos, la computadora de cada usuario, se convertía a su vez en un mini servidor que almacenaba y realizaba solicitudes y envío de archivos MP3, el proceso detallado sería el siguiente:

- El usuario instala NAPSTER
- Instalado el programa se conecta al servidor central NAPSTER, el cual rescata y actualiza la lista de archivos los usuarios conectados
- El usuario podía hacer solicitud de la canción que buscaba, la cual iba al servidor central de NAPSTER, el cual verificaba en que computadora conectada al servidor central estaba disponible la canción solicitada.
- El usuario escogía la versión de la canción de la lista enviada por el servidor NAPSTER.
- La computadora se conecta a la computadora del usuario que tiene la canción solicitada y la baja directamente a su ordenador<sup>169</sup>.

### **3.2.2. Redes Peer to Peer semicentralizadas**

Es una técnica basada en el concepto de supernodos<sup>170</sup>, donde *no existe un servidor central*. Cada computador conectado y que tenga el *software*

---

<sup>169</sup> Vid. GAMBONA BERNATE, Rafael Hernando. P2P la nueva amenaza a la propiedad intelectual en la red. En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en "Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática" Universidad de los Andes, Ed. Legis, Bogotá, 2005. Pp. 442-443.

<sup>170</sup> RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Jurisdicción, Competencia op. cit. p. 56 - 57.

respectivo, actúa a su turno como cliente y servidor. La descarga se realiza directamente entre los computadores. El que actúa como supernodo, es el que tenga las mejores y más avanzadas características técnicas, es decir, el nodo que cuenta con una dirección IP pública que tiene suficiente capacidad de procesamiento, memoria y ancho de banda de red, un ejemplo de ello es el programa Skype para la realización de llamadas de voz, mensajería instantánea, audio conferencias y listas de contactos.<sup>171</sup>

La función de los supernodos radica en ser un intermediario en el caso en que dos nodos comunes no puedan comunicarse entre sí, además cumple la función de gestionar las descargas de los nodos conectados a él. Los supernodos están conectados entre ellos y comparten la información de los nodos enlazados.<sup>172</sup>

En este modelo algunos pares de la red son seleccionados como súper nodos y ayudan a gestionar el tráfico dirigido hacia otros nodos. Esto cambia de manera dinámica a partir de los pares que se conectan. Es decir, que en este caso cada modelo de nodo manejado por el usuario mantiene sólo un pequeño número de conexiones abiertas y cada una de esas conexiones es a un súper nodo<sup>173</sup>.

Pero cabe anotar que estos súper nodos también se encuentran conectados entre sí en un ámbito virtual (es decir en la nube) para el efecto de hacer la red escalable, mediante la reducción del número de nodos

---

<sup>171</sup> DÍAZORTIZ, Jhonnatan. Skype. 2012. <http://comunicacionvital.blogspot.com.co/2012/06/skype.html> (Ult. Vis. 11.08.2016)

<sup>172</sup> MARTÍNEZ, Alejandro. Programas que utilizan la red P2P, 2014, <http://alejandromatr.blogspot.com.co/2014/01/programas-que-utilizan-la-red-p2p.html>, (Ult. Vis. 11.08.2016)

<sup>173</sup> SANTÍN GONZÁLEZ, A. Peer 2 Peer Sistemas (...) op. cit. p. 7.

involucrados en el envío y recepción de mensajes. Por otro lado, la velocidad en las respuestas de las solicitudes enviadas por los usuarios es comparable al de un entorno P2P centralizado. Este tipo de red tiene la peculiaridad de funcionar de dos formas, es decir, puede incorporar más de un servidor que gestione los recursos compartidos, pero también en caso de que el o los servidores que gestionan todo, caigan, el grupo de nodos sigue en contacto a través de una conexión directa entre ellos mismos con lo que es posible seguir compartiendo y descargando más información en ausencia de alguno de los servidores.<sup>174</sup>

En este tipo de redes se da la presencia de un servidor central que administra los recursos de banda ancha, enrutamiento y comunicación entre nodos. Sin embargo, el servidor no conoce, en ningún momento, la identidad de cada nodo y no almacena la información, reconoce los recursos que se desean compartir para que así se puedan descargar a los equipos que lo solicitan.

---

<sup>174</sup>En: [http://datateca.unad.edu.co/contenidos/208017/ContLin/leccin\\_3\\_redes\\_igual\\_igual\\_p2p.html](http://datateca.unad.edu.co/contenidos/208017/ContLin/leccin_3_redes_igual_igual_p2p.html) (Ult. Vis. 11.08.2016)

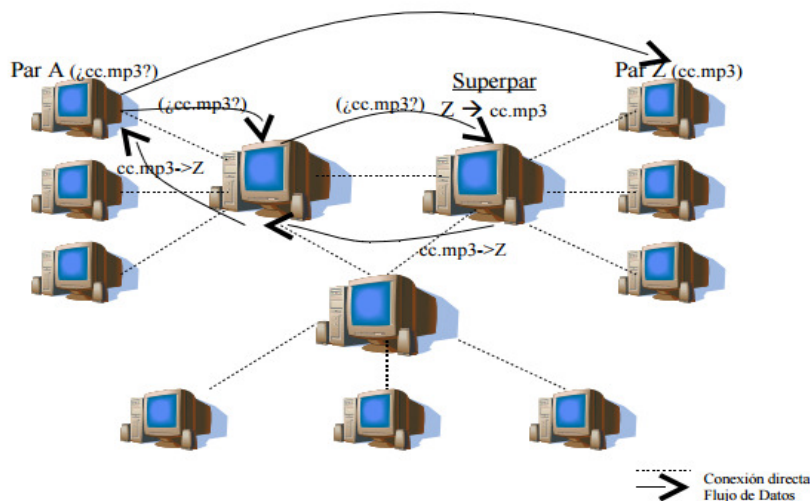


Imagen 2<sup>175</sup>.

Puede tenerse a Kazaa como pionero del sistema semicentralizado, en este caso el proceso para la descarga del archivo compartido puede resumirse así:

- El usuario escribía el nombre de la canción o archivo que quería encontrar
- El ordenador del usuario identificaba al menos otro ordenador con el programa instalado y así el ordenador remitía la canción o el archivo con el nombre de la persona que la escribió para que los otros ordenadores de Kazaa la conozcan.
- El ordenador central busca para determinar si el archivo solicitado está en el disco duro local. Si estaba, enviaba de regreso la dirección IP a quién la solicitó.
- Al mismo tiempo, todos los demás ordenadores enviaban la solicitud a los otros ordenadores conectados y el proceso se repetía.
- Las solicitudes tenían un tiempo de duración y se propagaba en los diferentes ordenadores como se representa en la gráfica<sup>176</sup>.

<sup>175</sup> Ibídem.

### 3.2.3. Redes Peer to Peer Descentralizadas

En este sistema, todos y cada uno de los usuarios funcionan como cliente y como servidor. Sin embargo, para un mejor rendimiento, el sistema segmenta a los usuarios conectados y crea una serie de comunidades u objetivos conformada por no más de 10.000 usuarios. Se comparten toda clase de archivos, música, texto, imágenes, fotografías, *software*, multimedia, etc. El sistema<sup>177</sup> es totalmente anónimo, pues no se requiere un registro previo. Paradigma perfecto de este sistema es Streamcast-Gnutella.<sup>178</sup>

Esto quiere decir que cada nodo actúa como servidor y como usuario en la red. Por ello es que cada par dentro de esta arquitectura trata de mantener un cierto número de conexiones con otros pares durante todo el tiempo, lo que permite un tráfico de la información más sencilla en la red, que está conformado esencialmente por solicitudes y respuestas a las mismas, y varios mensajes de control que permiten facilitar el descubrimiento de los otros nodos.

En Grokster, por ejemplo, la búsqueda de un archivo hecha por un miembro de la comunidad o usuario es recibida por un computador con capacidad de indexar archivos aprovechando sus ventajas técnicas como puede ser su amplio ancho de banda, constituyéndose en términos técnicos en

---

<sup>176</sup> Vid. GAMBONA BERNATE, Rafael Hernando. P2P la nueva amenaza a la propiedad intelectual en la red. En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en "Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática" Universidad de los Andes, Ed. Legis, Bogotá, 2005. Pp. 446-447.

<sup>177</sup> RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. Jurisdicción, Competencia op. cit. p. 58

<sup>178</sup> RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. Ciberpiratería – sistemas "peer to peer" (P2P) análisis de las sentencias en los casos Napster, Grokster, Morpheus, Streamcast y Kazaa. Revista la propiedad inmaterial. Nro. 59. 2008. MONDÉJAR, RUBÉN y otros. Sistema multi-agentes en entornos p2p. Universidad Rovira y Virgili/Avinguda dels Països Catalans. Tarragona. España. 2006



lo que se denominado supernodo. Los archivos son guardados en cualquier otro equipo que posea las características requeridas y que tenga capacidad de albergar temporalmente los índices de los archivos disponibles en los computadores de los usuarios conectados. El supernodo busca en su propio índice y puede extender la solicitud a otros supernodos; en caso de encontrar el archivo requerido da la localización de éste al usuario que envió la solicitud, el cual puede descargarlo directamente del computador localizado. El archivo copiado es guardado en el computador de quien realiza la descarga, desde donde puede ser nuevamente descargado por otro usuario, y así se inicia de nuevo el proceso antes descrito. Por medio de Morpheus el proceso es prácticamente el mismo, aunque en algunas versiones del protocolo Gnutella no existen supernodos y, por tanto, los diferentes usuarios se comunican entre sí”.<sup>179</sup>

En estos protocolos como Gnutella, la red descentralizada funciona sin supernodos porque todos los nodos son iguales, no existen nodos con funciones especiales y por tanto ningún nodo es imprescindible para el funcionamiento de la red.<sup>180</sup> Esto quiere decir que, las redes descentralizadas se caracterizan porque un conjunto de interconexiones unen cada par de nodos y así cada solicitud de búsqueda de usuarios se envía a los nodos más cercanos, que a su vez la propagan a sus nodos más próximos, queriendo

---

<sup>179</sup> RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Ciberpiratería – Sistemas “Peer to Peer” (P2P) Análisis De Las Sentencias en los Casos Napster, Grokster, Morpheus, StreamCast y Kazaa. En: Revista Propiedad Inmaterial, Nro. 12, 2008. Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2008, p. 78,79.

<sup>180</sup> En: <http://lsc2atecinfo.blogspot.com.co/2007/11/equipo-2-p2p-y-bittorrent.html> (Ult. Vis. 11.08.2016)

decir que los mismos usuarios se erigen como nodos de las conexiones y son los encargados de almacenar esa información.<sup>181</sup>

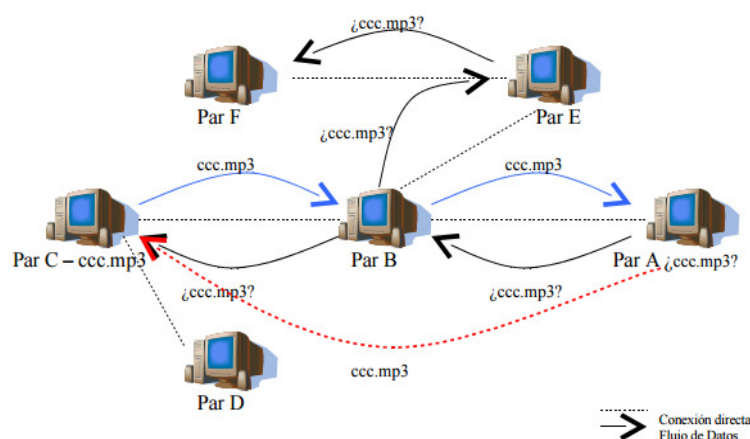


Imagen 3<sup>182</sup>.

En la actualidad, este tipo de redes son las más comunes dado su carácter versátil. Aquí, la búsqueda se dirige a los ordenadores de otros usuarios, que a su vez las reenvían a los demás usuarios hasta dar con el archivo buscado. Este sistema de búsqueda no depende de un ordenador central como sucede en el caso analizado con anterioridad.

De la descripción de las redes de intercambio de archivos que acabamos de ver, podemos identificar a los agentes que intervienen en dicho proceso, de cara a analizar la responsabilidad de cada uno de ellos en el intercambio ilegal de archivos protegidos. Así, tenemos por un lado al creador

<sup>181</sup> SCHNETTLER, Ferdinand. Responsabilidad civil extracontractual derivada de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos por intercambio de obras protegidas mediante programas y redes peer to peer. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal, 2015.p. 21. En <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/132995/Responsabilidad-civil-extracontractual-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-a-los-derechos-patrimoniales-de-autor-y.pdf?sequence=1> (Ult. Vis. 11.08.2016)

<sup>182</sup> SANTÍN GONZÁLEZ, A. Peer 2 Peer Sistemas (...) . Op. cit. p. 7.

del *software P2P*, a los prestadores de servicios de internet que dan acceso a la Red, que aloja datos en sus servidores, o que facilitan enlaces o incorporan motores de búsqueda, y al usuario que realiza la descarga”.<sup>183</sup>

Estos sistemas p2p en los que imperan las redes descentralizadas, son un factor de lucha<sup>184</sup> por parte de un sector de la industria musical y del entretenimiento que incluso logra actuar como “*lobby*” en las esferas del poder legislativo para agenciarse instrumentos legales que permitan la lucha y persecución de la afectación de los derechos de propiedad intelectual en la red de redes, que se consideraba un territorio de nadie, pero sobre el que todos los Estados, iniciando los más poderosos geopolíticamente hablando<sup>185</sup>, están volcando sus miradas para imprimir cierto tipo de controles so pretexto de otorgar garantías de protección para todos. Esto es, para autores, creadores, comercializadores, transformadores, etc.

---

<sup>183</sup> LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. Piratería digital en el ámbito español e internacional, análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional. Ed. Bosch, Barcelona 2011, p. 29.

<sup>184</sup> “La lucha contra los intercambios de archivos musicales se dirige también directamente contra los usuarios. Así, la Federación Internacional de la Industria discográfica (FIID) está emprendiendo acciones legales contra usuarios de redes *P2P* en 11 países europeos y asiáticos. A estas demandas hay que sumar las casi 10.000 que se ha producido en Estados Unidos, de tal manera que son ya más de 11.500 las demandas que la IFDI ha presentado en todo el mundo. Por su parte, la *RIAA* está demandando a centenares de estudiantes de 18 universidades de los EE.UU. por intercambiar archivos *MP3* a través de la súper rápida Internet2 y desde 2003 ya ha demandado a más de 10.000 usuarios de programas *P2P* por distribuir música sujeta a derechos de autor a través de sistemas *P2P* como los mencionados *KaZaA*, *eDonkey* y *Grokster*” ESTEVE GONZALES, Lydia. Aspectos internacionales (...) op. cit p. 24- 25.

<sup>185</sup> “En este contexto, el Congreso los EE.UU. ha aprobado un proyecto de ley que permitirá endurecer las penas por piratería (tres años de cárcel y multa de hasta 250.000 \$ a aquellas personas que sean halladas culpables de grabar las películas que se proyecten en los cines, para después compartirlas mediante redes *P2P*; también endurece las penas contra quienes distribuyen música y otros trabajos sometidos a derechos de autor antes de que sean lanzados oficialmente; mientras que en España, podría llegar a interpretarse que se ha criminalizado, con la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 15/2003, el derecho de copia privada cuando ésta se realiza mediante un dispositivo que permita, por ejemplo, convertir un archivo digital en el formato *MP3*. Lo cierto es que conseguir la legitimación de los intercambios de archivos musicales o de video mediante una tecnología adecuada está resultando más difícil y largo de lo que se podía esperar” *Ibíd.*, p., 25-26.

Una vez hemos logrado tener cierta visión global sobre el funcionamiento de los modernos sistemas *Peer to Peer* como un mecanismo que puede llegar a vulnerar los derechos de propiedad intelectual, pasamos en el siguiente capítulo a analizar la protección penal de la propiedad intelectual en confrontación precisamente con los sistemas peer to peer como objeto especial de estudio en la presente investigación.

### **CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN LOS SISTEMAS P2P**

#### **2. Breve reseña histórica sobre la regulación de la propiedad intelectual en el Derecho Penal Español**

La breve reseña que ha de realizarse en este epígrafe corresponde a la necesidad de demostrar que, si bien la propiedad intelectual o, como debería denominarse históricamente, los “derechos de autor”, tienen un origen natural en el Derecho privado civil, en realidad, de la mano con esta regulación ha estado habitualmente presente el Derecho penal, para incorporar por la vía de la consideración como delito de algunos ataques realizados contra tales derechos, su protección bajo amenaza de la aplicación de una pena<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> Ilustrativo el resumen que podemos retomar del texto de GÓMEZ RIVERO, M.: Los delitos relativos a la propiedad intelectual se comprenden en los arts. 270 y ss. CP. Su actual plasmación positiva es fruto de una dilatada trayectoria legislativa que por lo demás subraya la veterana presencia de estos delitos en el Código penal. Recordemos que el CP de 1822 contemplaba en su Parte Segunda, dentro del Título III (Delitos contra la propiedad de los particulares), la tutela de la propiedad intelectual en los arts. 782 y 783, bajo la rúbrica del Capítulo VII, “los que falsifican o contrahacen obras ajenas que perjudican la industria”. El primero de los preceptos, comprensivo del tipo base, castigaba en su inciso segundo con la pena de multa de cuatro tantos al perjuicio causado a “cualquiera que turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediera la ley al autor de escritos, composición de música, dibujos, pinturas o cualquiera otra producción impresa o grabada”. El art. 783 castigaba conforme a una modalidad cualificada a quienes, a sabiendas, hubieren introducido o expendieren las obras referidas en el artículo precedente cuando hubieran sido contrahechas fuera del reino. Para ellos se reservaba la pena de “perturbadores en el uso exclusivo de la propiedad”. El CP de 1848 dedicó el art. 446 a las infracciones contra la que denominaba como propiedad literaria, ubicado en el Capítulo IV, relativo a las defraudaciones, del Título XIV del Libro II (Delitos contra la propiedad), en su sección segunda, bajo la rúbrica “estafas y otros engaños”, de forma conjunta con las infracciones contra la propiedad industrial. En concreto, castigaba a “los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”. Para estos casos el legislador remitía la pena a la prevista en el art. 444, es decir, disponía la

No es la pretensión de este epígrafe realizar una exposición exhaustiva de lo que implicaba cada una de las reformas del código penal referidas a esta materia.

Al hablar del surgimiento del derecho de propiedad intelectual en España es necesario recordar que cerca del siglo XVIII, se marca un punto decisivo en los temas concernientes al moderno régimen de propiedad intelectual del que derivan los actuales, los derechos de autor y el copyright.

En España, Carlos III mediante dos Reales Ordenes, La primera de 1763 y la segunda de 1764, les concede los privilegios a los autores, privilegios que, por supuesto, podría obtener el impresor, pero como derecho conexo otorgado por el contrato que realizase con el autor.

---

aplicación de una multa del tanto al triple del perjuicio causado. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo 466. Por su parte, los Códigos penales de 1928 y 1932 mantuvieron la expresión defraudación de la propiedad literaria, contemplando estas infracciones, respectivamente, en sus arts. 725 s y 527. Sería el Código penal de 1944 el que sustituiría la expresión propiedad literaria por la de propiedad industrial, si bien manteniendo para estos delitos la misma ubicación sistemática que los Códigos que le habían precedido. En concreto, conforme al art. 533, "incurrirán en las penas señaladas en el art. 531 (cfr. arresto mayor) los que cometieran alguna defraudación de la propiedad intelectual o industrial". De gran calado fue la reforma del CP de 1963, que determinó la incorporación de los delitos que nos ocupan a una sección independiente, ajena ya a la modalidad de estafa. Se trataba de la tercera, ubicada en el capítulo VI (de las defraudaciones) del título XII (Delitos contra la propiedad) del Libro II. Bajo la rúbrica "De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual", el art. 534 castigaba al "que infringere intencionadamente los derechos de autor", con "las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales". Conforme al apartado tercero, la pena se agravaba para los casos de reincidencia (prisión menor). El Código penal de 1973 contempló estos delitos en los entonces art. 534 bis a), b) y c) y en el 543 ter. Su configuración hasta la sustitución de su régimen por el incorporado por el CP del 95 sería fruto de la importante reforma del Código penal operada por la LO 6/1987, de 11 de noviembre. No obstante, estos delitos seguirían estando incluidos en el Libro Segundo del Código penal, en la Sección Tercera (De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial), del Capítulo XIV (De las defraudaciones), del Título XIII (De los delitos contra la propiedad). Aun sin cambiar la ubicación sistemática, las principales novedades de la reforma fueron, de una parte, la de desgajar el régimen de la propiedad intelectual en preceptos nuevos, los arts. 534 bis a), bis b), bis c), y 534 ter; de otra, el destierro definitivo en la configuración del precepto de la técnica de las leyes penales en blanco, que desde el Código de 1848 y hasta entonces, con variaciones en su formulación, habían sancionado la conducta de quien "infringere intencionalmente los derechos de autor". GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. pp. 22-24.

En la Real Orden de 1764, de 20 de octubre se dispone que estos privilegios que tienen el autor con su creación podrían entrar en la masa hereditaria, como los demás bienes lo hacían. De esta manera los herederos del autor, recibían los derechos de la obra.

Como consecuencia de lo anterior y como afirma MIRO LLINARES, la concepción puramente patrimonial de los derechos del autor sobre su obra, tuvo *“...un importante efecto penal; la inclusión, desde el Código Penal de 1822 y hasta el de 1995, de los delitos de propiedad intelectual dentro de los capítulos dedicados a las infracciones patrimoniales, concretamente, dentro del título que regula los delitos contra la propiedad, y hasta el Código Penal de 1995 en un capítulo cuya rúbrica era siempre “de las defraudaciones”*. Ello demuestra que el Derecho penal consideraba las infracciones de estos derechos como atentados patrimoniales, lo que nos puede llevar a afirmar que, cuanto menos hasta la reforma de 1963, el bien jurídico *“derechos de propiedad intelectual”*, no incluía ningún tipo de derecho moral del autor sobre la obra y, por supuesto, tampoco se podía hablar de algún tipo de interés colectivo. Se trataba de un bien jurídico patrimonial individual que respondía únicamente a la protección de los intereses pecuniarios particulares de los sujetos que gozaban de derechos de propiedad intelectual. Con un régimen legal basado en la idea de que la propiedad intelectual era un tipo especial de propiedad, no podía configurarse la protección penal de otra forma que no fuera mediante la definición de un bien jurídico patrimonial individual.”<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) Op. Cit. p.73

En esta línea, en el Código Penal de 1850 encontramos en el artículo 457 ACP la siguiente referencia: *“Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el art. 455, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial. Los ejemplares, máquinas u objetos contrahechos, introducidos ó expendidos fraudulentamente, se aplicarán al perjudicado; y también las láminas o utensilios empleados para la ejecución del fraude, cuando sólo pudieren usarse para cometerle. Si no pudiese tener efecto esta disposición, se impondrá al culpable la multa del duplo del valor de la defraudación, que se aplicará al perjudicado”*<sup>188</sup>.

En ese caso, el artículo 455 al que se remite el artículo anterior, buscaba castigar a quienes fingieran ser dueños de cosa ajena y la enajenaran, vendieran, gravaran o empeñaran; es decir una especie de engaño o estafa en terminología penal; que se mantuvo hasta el Código Penal de 1995 en el cual se le dio una completa independencia y se reguló en un capítulo que fuera propio del tema. En este caso lo que se buscaba generar era toda una protección, acerca de la atribución de la autoría por un tercero o plagio.

Después, en el Código Penal de 1870, se siguió con el objetivo de proteger la propiedad de los autores y se agravó la pena para las conductas defraudadoras de la propiedad intelectual, lo que conllevó que pasara a ser una pena de arresto mayor en sus diferentes grados, así como el pago de una multa que representaba el triple del perjuicio causado.

Posteriormente en el Código Penal de 1928 se ocupó de regular este delito en su artículo 725.17, estableciendo en este caso que la pena debía

---

<sup>188</sup> Código Penal (1850). Artículo 457. España.



corresponder a la cantidad total defraudada. Es decir, que para las defraudaciones inferiores a 100 pesetas, debería cumplir una pena entre 3 meses a 1 año de reclusión (en las que tuviera el delincuente algún tipo de reincidencia en delitos de hurto, robo o estafa). En el caso de que estos delitos incurrieran en las sumas entre 1000 y 25000 pesetas, debía pagar prisión de 6 meses a 6 años; y si el delito se cometía en una suma entre 25000 y 250000, la pena debía corresponder entre 6 a 12 años. Y si excedía estas sumas, finalmente incurriría en una pena privativa entre 12 y 20 años.

Posteriormente en el Código Penal de 1932, recogió en su artículo 527 que se castigarían en diferentes grados y se pagaría una multa que correspondería al triple de la cantidad defraudada. Su tenor literal es exactamente el mismo que el de 1870.

El Código Penal de 1944 agravó el castigo y solo daba una pena de arresto mayor y multa del tanto al triple del daño irrogado. A continuación, con el Código Penal de 1973 estos delitos quedaron redactados de forma muy similar, y se castigaban en el artículo 534, diciendo así: *“El que infringere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales”* (Multa que tras la reforma de la 16 LO 3/1989 de 21 junio pasó a ser de 100.000 a 2000000 de pesetas).

De tal manera, todos estos cambios llegaron al Código Penal de 1995 que recogió este tipo de delitos en su artículo 270 y siguientes recogiendo además un tipo agravado en el cual disponía en una parte lo siguiente:

*“procederá una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.*

*En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años”.* En su artículo 272 dispuso que todo esto esté regulado por la Ley de Propiedad Intelectual en lo que compete a la indemnización de daños y perjuicios.

La primera reforma del Código Penal que afectó a estos artículos del todavía Código penal vigente se produjo mediante la LO 15/2003 que agravó las penas e incrementó el número de conductas punibles.

Así, por ejemplo, en el artículo 270 CP la sanción mínima pasó de una simple multa a una pena de prisión más multa. Dejando al juez con la posibilidad de imponer estas penas. Dicha reforma estuvo encaminada a evitar la venta de cualquier tipo de CD “pirata” en la calle, o incluso sin haberlo llegado a vender, pues el delito se consumaba por la mera oferta, procurando así, que este tipo de vendedores fuesen destinatarios de una pena de prisión<sup>189</sup>. Se introdujeron nuevas modalidades comisivas y se amplió el

---

<sup>189</sup> La configuración otorgada a estas infracciones favoreció la aplicación del artículo 270.1 CP a la venta callejera de copias ilícitas de contenidos protegidos por derechos de autor. El citado artículo 270.1 CP permitía la imposición de penas de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses a quienes vendiesen sin autorización, obras musicales, audiovisuales, videojuegos, programas de ordenador y otros productos similares habitualmente colocados sobre una manta o pedazo de tela que permitía recogerlos rápidamente cuando aparecía la policía y que, por dicha razón, son denominados “top manta”. Su precio de venta solía ser muy inferior al que costaban los mismos productos en establecimientos comerciales y,

objeto material en el art. 270.3 CP. Se produjo una ampliación de las agravantes en el art. 271 y la exclusión de estos delitos del régimen de persecución semipúblico del que gozaban, reconvirtiéndolos en delitos perseguibles de oficio. En suma, pues, la citada reforma se caracterizó por una exasperación punitiva en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual.<sup>190</sup>

En las descripciones de los tipos penales del código penal de 1995 y de su reforma mediante la Ley Orgánica 15/2003, se puede constatar la incorporación del lenguaje de las nuevas tecnologías que se van desarrollando, también la proliferación de conductas con verbos rectores alternativos plagados de elementos normativos y aspectos de normas penales blanco, otros tan vagos e indeterminados que ni con ayuda de la misma legislación civil podría esclarecerse el objeto de protección de la norma penal, lo que en su momento significó arduas discusiones doctrinales para la interpretación de dichos tipos penales.

---

generalmente, dichas reproducciones son de deficiente calidad. En gran parte de los casos, quienes llevaban a cabo la oferta eran inmigrantes de posición económica desfavorecida, que encarnan el último eslabón de la cadena de comercio ilegal. La aplicación del art. 270.1 CP a estos supuestos de venta a pequeña escala implicaba una quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena, dislate que pareció haber motivado, según se advertía en el preámbulo de la LO 5/2010, la introducción del segundo apartado del art. 270 CP. MORÓN LERMA, Esther. Delitos contra la propiedad intelectual. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). Comentarios a la reforma penal de 2010. Edit. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010, pp. 297- 289

<sup>190</sup> MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, Carlos. Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico: en *Universitas vitae* homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Ediciones universidad de Salamanca. 2014. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. Delitos Contra La Propiedad Intelectual E Industrial Especial atención en la aplicación práctica en España. *Revista Derecho penal y Criminología*, Universidad Externado Bogotá, Vol. 30, Núm. 88 (2009). En: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/612> (Ult. Vis. 3.03.2013) MENDOZA ACOSTA, John Sebastián. Circular de la fiscalía sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003.

Como es usual, hasta la última reforma producida en el año 2015, todas las modificaciones introducidas estuvieron orientadas básicamente al aumento de penas y la expansión progresiva del Derecho penal en esta materia, convirtiendo conductas sancionadas con multa en delitos con penas de prisión, los que tenían penas bajas de prisión en figuras con altas penas y, extendiendo del mismo modo, la protección al autor, a los titulares de derechos conexos y para la protección contra la elusión de medidas tecnológicas generando así una intensificación del derecho penal en esta materia<sup>191</sup>.

Nótese que, además de la inclusión de legislación de tipo sustantivo (los tipos penales), en las últimas reformas y a partir de la realizada por la LO 5/2010 se incorporó la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica por estos delitos (art. 288 CP)<sup>192</sup>.

Cabe argumentarse entonces, como lo hemos venido sosteniendo, que el desarrollo de la legislación civil sobre la materia ha venido históricamente acompañado de la paralela protección de los derechos la de propiedad intelectual desde el punto de vista penal, derecho éste que al igual que aquél, ha tenido que ir dando respuesta a los retos que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información ha venido planteando al abrir la posibilidad de la aparición de nuevas formas de explotación ilegal de las obras en los entornos digitales.

---

<sup>191</sup> “Más derecho Penal, más intenso y reglamentador” p. 3. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. En: Una reforma, un nuevo Código Penal. Dossier Actualidad Legislativa, Thomson Reuters. Aranzadi. Marzo 2015. En: [http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/Marketing/email\\_reforma\\_penal/image/Newsletter\\_REFORMA\\_CODIGO\\_PENAL.pdf](http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/Marketing/email_reforma_penal/image/Newsletter_REFORMA_CODIGO_PENAL.pdf) (Ult. Vis. 3.07.2017)

<sup>192</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Precisamente una de estas formas se puede derivar, como hemos visto, de la utilización de sistemas de P2P, a cuyo estudio dedicamos este trabajo, por lo que el brevísimo y rápido recorrido realizado por lo que ha sido el desarrollo histórico de la legislación de protección relativa a la propiedad intelectual trata de servir tan solo de introducción a la tarea que desarrollaremos a continuación y que tendrá por objeto analizar con mayor extensión y detenimiento aquellos delitos de la normativa penal vigente que pueden tener aplicación a la hora de sancionar algunas de las actividades que pueden realizar quienes intervienen en el funcionamiento y utilización de dicha clase de sistema de intercambio de archivos.

## **2. Análisis de los concretos delitos protectores de la propiedad intelectual con incidencia en la calificación de las conductas realizadas en sistemas P2P.**

Sin duda Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, implica una reforma importante con relación a los delitos contra la propiedad intelectual, ubicados en el Libro II, Título XIII, Capítulo XI, Sección 1ra, artículos 270 a 272, toda vez que crea una regulación de estos delitos que trata de responder al contexto de la sociedad de la información y las nuevas tecnologías.

De manera concreta, y dado que en este trabajo está directamente dirigido a analizar las actividades que se realizan en las redes p2p solo nos dedicaremos nuestra atención al análisis de los apartados 270.1 y 270.2 por ser estos los tipos penales que pueden tener una mayor incidencia en la posible calificación penal de conductas que, como vimos realizan en dichas

redes bien sus usuarios, bien los proveedores del servicio que directamente intervienen en su normal funcionamiento.

En concreto, el artículo 270.1 se establece una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses para el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

El 270.2 CP, por su parte, se expresa que la misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

Pasemos a continuación a analizar ambos preceptos de forma algo más detenida, para posteriormente estudiar su posible aplicación a las conductas que nos ocupan.

## **2.1. Análisis del delito del 270.1 CP**

### **2.1.1. Bien Jurídico tutelado**

Desde el punto de vista formal, el direccionamiento del legislador respecto de la protección del bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad intelectual se puede deducir de su ubicación en el seno en los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Título XIII, donde dichos delitos se incluyen dentro del Capítulo XI que lleva por título “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”.

Pero más allá de la acomodación formal de los delitos contra la propiedad intelectual como lesivos para el patrimonio económico y el orden socioeconómico<sup>193</sup> conviene discutir, desde un punto de vista crítico, la entidad misma de la propiedad intelectual como valor merecedor y susceptible de recibir protección penal.

Algunos autores acuden a la identificación de los bienes jurídicos del Código penal con derechos de carácter fundamental en la constitución, incluso identifican un proyecto positivo de criminalización de la constitución al código penal, con lo cual, en los delitos que nos ocupan habría que acudir, en

---

<sup>193</sup> (...)” Pero dentro del mismo Título XIII se discute mucho cuáles son figuras delictivas de esta naturaleza. Así, se ha dicho que los delitos contra el mercado y los consumidores son delitos socioeconómicos, pero ahora vienen integrados en el capítulo XI junto a las infracciones contra la propiedad intelectual e industrial, cuya calificación en este sentido plantea más dudas” En: GÓNZALES CUSSAC, José Luis (coord.) Derecho penal parte Especial. 5ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. p. 329.

concreto, al Artículo 20: *“1. Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”*.

Así, algunos de entre quienes se inclinan por dicha postura,<sup>194</sup> admiten que el artículo 20.1.b) viene a reconocer y proteger el derecho de autor en toda su dimensión, incluida la moral<sup>195</sup>; derecho fundamental que, a su modo de ver, tiene su génesis en los derechos humanos<sup>196</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer que son mayoría los que se inclinan por negar el reconocimiento de dicho derecho como como derecho fundamental<sup>197</sup>.

Es oportuno referenciar el siguiente extracto de una sentencia del Tribunal Supremo que se refiere concretamente a la cuestión de lo protegido constitucionalmente como el *“derecho a ser autor”* y no el *“derecho de autor”*; veamos:

*“La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1985, expresa nítidamente esta doble vertiente jurídica del ingenio humano: Una cosa es el “derecho a ser autor”, como*

---

<sup>194</sup> A modo de ejemplo citaremos a LATORRE, V. Op. cit., p. 61; GÓMEZ BENÍTEZ: “El creador de la obra defiende ante todo la originalidad de su idea y el mérito de su creación, frente a todos los que pretendan aprovecharse de su esfuerzo o de su ingenio; y la legitimidad de esa actitud encuentra respaldo desde la misma Constitución (artículo 20.1 CE)”. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Protección penal de los derechos de autor y conexos, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

<sup>195</sup> MIRÓ LLINARES critica a quienes sostienen la tesis que el artículo 20.1.b de la Constitución Española reconocía un derecho fundamental de autor: “El argumento más repetido por parte de la doctrina que defiende el carácter de derecho fundamental de la propiedad intelectual es el de la artificiosidad de la separación entre la protección del derecho a crear y la protección del derecho sobre lo creado”. MIRÓ LLINARES, F. La protección Penal (...). Op. cit., pp. 159 – 160.

<sup>196</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27 inciso 2: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones literarias, científicas o artísticas de las que sea autor”.

<sup>197</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, N. Op. cit., p. 213 y ss; MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...). op. cit., p. 158 y ss; MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial. Op. cit., pp. 481-482.



*capacidad potencial de toda persona para crear una obra literaria, artística , científica o técnica, y otra bien distinta el “derecho de autor”, como haz de facultades pertenecientes al creador y que tiene por objeto la obra ya creada: “lo que se consagra como fundamental –afirma el alto tribunal- es un derecho genérico e impersonal , a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad. Cuando produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque (...) no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor”<sup>198</sup>.*

En esta sentencia se hace una distinción importante, según la cual, lo que reconoce y ampara el art. 20.1 b) de la Constitución Española es el *derecho a ser autor*, con rango de derecho fundamental, entendiéndolo como una faceta de la libertad intelectual o de pensamiento, porque se trata de un rasgo o carácter que pertenece a toda persona.

En todo caso, y a nuestro modo de ver, el asunto no pasa por decidir si hay un derecho fundamental o no reconocido con respecto al derecho de propiedad intelectual, sino que debemos interrogarnos sobre si ese derecho independiente de su carácter fundamental o no, es merecedor de sanción

---

<sup>198</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1985. En: Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995. p. 205 – 250 En: Propiedad intelectual, aspectos civiles y penales. Consejo general del poder judicial, Madrid, 1995, p. 213.

penal acorde con un principio básico como el carácter de *última ratio* del Derecho penal<sup>199</sup>.

Se puede aceptar que la producción del autor es un bien relevante en la actual sociedad de la información, sin decir que ello implique una necesaria protección a partir de intervención penal, ya que, con base en el mismo argumento, se puede proponer también en la eliminación de los derechos de autor y/o propiedad intelectual, con la finalidad de garantizar acceso cultural en condiciones de igualdad a todas las personas del mundo; al menos esto es una perspectiva acorde con políticas de aldea global “incluyente” y no “excluyente”<sup>200</sup>.

El Derecho penal es el mecanismo de control social más severo de que dispone el Estado y por ello precisa de límites concretos a la hora de su intervención. Uno de ellos es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; sólo la lesión o puesta en peligro de determinados bienes socialmente valorados pueden ser merecedores de protección penal. Sin embargo, si dichos bienes adolecen de determinación y concreción, el principio de

---

<sup>199</sup> En este sentido me parece ilustrativas las palabras de Gómez Martín: “Ciertamente, no podrá decirse que todo atentado contra un derecho fundamental deba ser constitutivo de delito; ni que todo delito consista, necesariamente, en la lesión o puesta en peligro de un derecho fundamental. La distinción constitucional entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales no es absolutamente vinculante para el legislador penal. Sin embargo, ello no es debido a que la CE no constituya un indicador válido para la determinación de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, sino a otro motivo: el Derecho penal debe castigar las lesiones o puestas en peligro de condiciones sociales constitucionalmente reconocidas que representen las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995. En: Revista del poder judicial. Consejo General del Poder Judicial. Nº 66 Segundo trimestre 2002, pp. 204-205.

<sup>200</sup> Vid. MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...). Op. cit., p. 86.

protección de bienes jurídicos deja de ser un límite material y se cuestiona su eficacia para contener el poder punitivo del que dispone el Estado<sup>201</sup>.

Partimos del concepto que de bien jurídico sostenido por MUÑOZ CONDE, según el cual, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social<sup>202</sup>.

La idea del bien jurídico<sup>203</sup> conduce, por tanto, a una política criminal racional. El legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho penal<sup>204</sup>.

Lastimosamente estamos asistiendo a una *funcionalización sistemática* del Derecho penal que, en mi sentir, se traduce en una *normatización* del derecho penal. Es decir, se protege penalmente lo que la norma establezca, independiente de los criterios de racionalidad y proporcionalidad que la norma pueda tener en cuenta para la protección de un determinado bien jurídico; en este sentido funcional y normativo, el concepto de bien jurídico no tiene

---

<sup>201</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz; GÓMEZ HOYOS, Diana. Diez años de investigación jurídica y socio jurídica en Colombia: balances de la red socio jurídica. Bogotá: Universidad de la Sabana y Universidad del Rosario, Bogotá. 2010. p.534.

<sup>202</sup> Muñoz Conde, F. Parte General (...) Op. cit p. 49.

<sup>203</sup> “Desde la aparición del término bien jurídico, acuñado por BIRNBAUM, posteriormente, enriquecido por el positivismo de BINDING hasta nuestros días, son muchas las acepciones que se disputan la significación más exhaustiva. Tanto en lo que se refiere a su contenido como en lo que concierne a sus funciones, las variantes son innúmeras, regadas todas por una abundante bibliografía especializada por GONZALO FERNÁNDEZ analizada prolija y pacientemente. Tal vez, la conclusión más terminante es la de ROXIN cuando sostiene que no obstante tantas acepciones, el problema sobrevive sin ninguna respuesta satisfactoria”. BAIGÚN, DAVID. El bien jurídico orden económico. Estudios sobre Justicia Penal. En: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2007, p. 13

<sup>204</sup> vid. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco, Introducción a la Criminología y al derecho penal, ed. Tiran lo blanch, Valencia, 1989, p.105.

relevancia alguna<sup>205</sup>. Precisamente esto lleva a su extremo en propuestas doctrinales como las defendidas por el funcionalismo sistémico de Günther Jakobs que tanto predicamento han tenido en la doctrina iberoamericana<sup>206</sup>.

No hay duda de que en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico inmanente al sistema ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales<sup>207</sup>. Hay una tendencia a la desmaterialización de los bienes jurídicos, lo que ha implicado un adelantamiento de las barreras punitivas, un inflacionismo penal y una exacerbada confianza en el instrumento penal para la solución de problemas sociales<sup>208</sup>.

En contra de esa desmaterialización del concepto de bien jurídico, reivindico la concepción personalista o monista individual<sup>209</sup> que lucha por una política del Derecho penal vinculada a principios, que justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección,

---

<sup>205</sup> En sentido considero válido referenciar al opinión de PORTILLA CONTRERAS sobre la funcionalización del derecho penal y la desaparición del bien jurídico como límite: "En la medida en que la discusión sobre la función del derecho penal y las bases de la selección de los valores penales tiene lugar en el contexto del Estado neoliberal, se corre el peligro de que se consolide la tendencia funcionalista a abandonar todo lo que se considera un insatisfactorio procedimiento de búsqueda de criterios válidos para fijar los presupuestos imprescindibles en la convivencia social". PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal ante el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 318-319.

<sup>206</sup> Vid. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación; Marcial Pons 1997.; Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. JAKOBS, Gunther, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 1996.; JAKOBS, Gunther, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Sobre la normativización de la Dogmática Jurídico-penal, Madrid 2003.

<sup>207</sup> vid. HIRSCH HANS Joachim, Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico, p. 371 – 387 En: Facultad de Derecho de la UNED- Universidad Nacional de Educación a Distancia, Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Congreso Internacional. Madrid, Octubre 2001, p. 381.

<sup>208</sup> Vid. MÜSSIG, BERND. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. En: REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.ª Época, núm. 9 (2002), págs. 169-208.

<sup>209</sup> vid. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología (...). op. cit. p. 112.

otorgándole así un contenido crítico y material al concepto de bien jurídico que sea referencia obligada para el legislador a la hora de la selección de los mecanismos de control social, sobre todo si de elegir el Derecho penal se trata.

Ahora bien, para determinar cuál sea el verdadero valor tutelado por un delito hay que atender a su específica configuración típica.

En concreto, y por lo que se refiere al derecho penal actual en España creemos que se debe reconocer que los delitos referidos a la propiedad intelectual no protegen el derecho moral del autor, hasta el punto de que, como veremos con mayor detenimiento, tras la última reforma ni siquiera el plagio puede resultar delictiva si no va acompañado de explotación económica, lo que determina que solo procede el delito cuando se afecte al derecho de explotación y no el moral.

Al respecto, huelga decir que la doctrina penal española considera, mayoritariamente<sup>210</sup> que desde la regulación introducida por el Código Penal español de 1995, para los ataques contra la propiedad intelectual se privilegian y tutelan penalmente los derechos de explotación exclusiva de carácter patrimonial<sup>211</sup> y, por el contrario, se deja en un segundo plano, casi sin importancia alguna, la protección de los derechos morales de autor<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> vid. VEGA VEGA, J. op. cit. p. 106; GIMBERNAT ORDEIG, E. Ensayos Penales (...) op. cit., p. 439; MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal, parte Especial. op. cit. p. 482; MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, C. op. cit., p. 159; MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) op. cit., p. 233.

<sup>211</sup> “(...) La primera de ellas tiene que ver con el bien jurídico protegido. Basta, en efecto, contemplar la regulación de esta materia en los distintos tipos penales para comprender que lo que con ella protege el legislador en primera instancia es un interés meramente patrimonial y económico. Así se deduce de las exigencias a las que desde la aprobación del Código penal del 95 se condiciona el castigo penal de las infracciones a la propiedad intelectual: el ánimo de lucro y el actuar en perjuicio de tercero”. GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. p.21. OSORIO MORENO, César Alejandro. ¿Es legítima la protección penal de los derechos morales de autor? Revista Opinión

Evidentemente, el bien jurídico protegido no puede ser el mismo en la época en que la legislación penal al respecto seguía el sistema de la norma penal en blanco que en la época actual en al que se ha concretado el tipo penal. Así pues, ya no puede decirse que la propiedad intelectual está protegida penalmente en todas y cada una de sus manifestaciones (derechos patrimoniales y morales). Habrá aspectos que sólo merezcan y precisen una protección civil (morales) y, lógicamente, sólo los ataques más intolerables contra ciertos aspectos de la indicada propiedad puede ser amparada por la legislación penal (patrimoniales)<sup>213</sup>.

Ya antes de la última reforma, señalaba GIMBERNAT ORDEIG que todas las conductas tipificadas *“afectan a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto (“reproducción”, “almacenamiento”), bien de lesión (“comunicación”, “distribución”). Además, en el caso del plagio, éste “sólo es punible cuando supone un riesgo o menoscabo de los derechos de explotación, siendo irrelevante jurídico-penalmente cuando no está destinado a ser distribuido ni comunicado públicamente”*. Por ello, concluye GIMBERNAT ORDEIG, que es evidente que los delitos contra la

---

Jurídica. Vol. 9 Número 18. 2010. Págs. 143-158. OLLERO TASSARA, Andrés. Derechos de autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate. Revista de Derecho Político. Número 27-28. 1988. Págs. 113-180. MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la Unión europea. El derecho internacional en el mundo bipolar del siglo XXI. Improlex. Madrid. 2013. MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el *software*. Revista de Derecho Penal. 2004. CARNAVAL PALACIOS, Juan Pablo. Manual de propiedad intelectual. Bogotá. Universidad del Rosario. 2008. ANTÚNEZ SÁNCHEZ Alcides F. y otros. El derecho de autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales. Número 37. 2013

<sup>212</sup> En la regulación vigente, a mi juicio, la cuestión es clara, de una parte, debe señalarse que el Código no está dando protección en el artículo 270 al *derecho a ser autor*, entendido como la capacidad de todas personas para crear una obra literaria, artística, científica o técnica. GONZÁLEZ RUS, Juan José. I. Delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículo 234 a 272. Madrid: EDESA, 1999, pp. 923,924.

<sup>213</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Los delitos contra la propiedad intelectual. op. cit. pp. 381- 383.

propiedad intelectual *“se han creado para proteger prioritariamente intereses patrimoniales y solo secundaria y esporádicamente los de índole personal”*<sup>214</sup>.

A nuestro juicio, tras la LO 1/2015, no hay razón para modificar la anterior conclusión, de manera que únicamente los aspectos patrimoniales, es decir, esta faceta de los derechos de explotación, es objeto de protección penal.”<sup>215</sup>

Como sostiene MIRÓ LLINARES, en el Derecho penal rige el principio de intervención mínima del que se derivan el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del derecho penal, lo que, unido a la existencia de otras vías de protección de estos derechos, como, por ejemplo, la civil, conlleva que no sea necesaria la utilización del sistema penal para la protección de todos los derechos ni el castigo con sanciones criminales de todas las conductas lesivas para ellos<sup>216</sup>.

Se protegen, por tanto valores netamente económicos y no morales. Ahora bien, a juicio de algunos autores, en el caso del delito del art. 270.1 CP estamos ante un delito socioeconómico, ya que se afecta el funcionamiento del sistema económico, argumentando que los delitos contra la propiedad intelectual generan muchos perjuicios que trascienden a los meramente individuales. Las conductas típicas del referido precepto vulneran, a su modo de ver, los derechos de autor afectan gravemente la economía nacional, ya que desincentiva a los creadores a usar su talento para el impulso del progreso de

---

<sup>214</sup> MAGNE AGUILAR, Alcides. Notas sobre los delitos contra la propiedad intelectual. La paz: Revista de la biblioteca y archivo histórico de la asamblea legislativa plurinacional. Vol. 5, N°12. p. 38. Disponible en: <http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/fdc/v5n12/a07.pdf> (Ult. Vis. 24.09.2015) 2011.

<sup>215</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Los delitos contra la propiedad intelectual. op. cit. pp. 381- 383.

<sup>216</sup> MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) Op. Cit. p. 241.

la Nación y, además, afectan la producción, distribución y consumo de bienes inmateriales.

Así, según MIR PUIG, en los países industrializados las industrias que emplean obras y productos protegibles a través de normas de propiedad intelectual generan entre el 2 y el 4% del Producto Nacional Bruto, cifra que demuestra la importancia de dicha industria para las diferentes economías nacionales.<sup>217</sup>

Debido a esta realidad, se hace imperativa la necesidad de proteger estos derechos, desde la óptica de la teoría del bien jurídico<sup>218</sup>, dentro del orden económico, ya que en un Estado social y democrático de derecho se deben amparar como bienes jurídicos todas las condiciones de la vida social que afectan las posibilidades de participación de individuos en el sistema social y que cuentan con una importancia fundamental para la sociedad.

La existencia del orden socioeconómico<sup>219</sup> se justifica, tal como es reconocido por el profesor MUÑOZ CONDE<sup>220</sup>, si se tiene en cuenta que

---

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo y otros. Estudios de Derecho Penal Económico. Colección textos de jurisprudencia. Universidad del Rosario. 2007

<sup>218</sup> “La afirmación de que el principio según el cual toda amenaza penal exige un bien jurídico protegido, que desafíe la crítica, restringe demasiado a un derecho penal contemporáneo, orientando a las situaciones actuales de amenaza, ha sido sostenida históricamente en diversas variantes y es sistemáticamente evidente. Se puede decir, sin exagerar, que una teoría del bien jurídico que no enfrenta esta crítica posiblemente no esté a la altura de su misión. Del mismo modo, una política criminal dirigida al objetivo de una prevención efectiva y al paradigma de la seguridad, como la que se vive entre nosotros desde hace algún tiempo, con la protección de los bienes jurídicos se topa con una frontera natural; y acerca de esta frontera debe haber una discusión más o menos intensa, pero permanente” HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. En: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2005, p. 46

<sup>219</sup> Las funciones que cumple el bien jurídico en el sistema penal convencional pueden ser trasladadas al ámbito de los delitos económicos sin que ello importe una reducción de las garantías que reclama el derecho penal de intervención mínima. ARROYO ZAPATERO, Luís y GARCÍA RIVAS, Nicolás. Protección Penal de la Propiedad Intelectual. op. cit., p. 171, 172.

<sup>220</sup> “En conclusión, podemos decir que lo que se protege en el Título XIII del Libro II del Código penal es un conjunto de relaciones jurídicas que tienen un valor económico y que pueden ser comprendidas bajo el término amplio de patrimonio. Este concepto es ante todo un bien jurídico



realmente existe una serie de delitos que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico o macroeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que se derivan, de una u otra forma, pero que no los contiene completamente.<sup>221</sup>

Resulta significativo en tal sentido el legislador que regule de forma unificada múltiples delitos en el Título XIII, del Libro II del Código penal los «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», sin otorgar un criterio válido que permita resolver cuáles son de ámbito patrimonial y cuáles pertenecen al orden socioeconómico. Sin embargo, existen figuras delictivas claramente ubicadas entre los delitos económicos que tienen un planteamiento netamente patrimonial, por cuanto es el patrimonio el que directamente se ve afectado, por más que de manera indirecta pudieran tener algún tipo de relevancia para el ámbito socioeconómico. Por ello, la línea divisoria entre ambos ámbitos, patrimonial y económico, no resulta ni mucho menos simple<sup>222</sup>.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, art. 270.1 CP que contempla la que tradicionalmente ha sido la figura básica de ataque delictivo contra los derechos de propiedad intelectual castigando determinadas formas de

---

de carácter personal, sin perjuicio de que muchas de las relaciones que en él se protegen tengan también una incidencia en ámbitos socioeconómicos más amplios, dando lugar a la configuración de nuevos tipos delictivos, capaces de abarcar también esa relevancia socioeconómica” MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal Parte especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. En: <http://0biblioteca.tirant.com.athenea.upo.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491190592> (Ult. Vis. 12.10.2015) p. 304

<sup>221</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico. Parte general. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 1998. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Administración desleal y apropiación indebida. Revista Jurídica Universidad autónoma de Madrid. Número 4. 2001. Págs. 125-144. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS y otros. Derecho penal económico y de la empresa. Ed. Tirant lo Blanch. México. 2013

<sup>222</sup> Galán Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-16.

explotación económica no autorizada de la propiedad intelectual es sin duda un delito dotado de una eminente naturaleza patrimonial individual<sup>223</sup>.

En efecto, a nuestro juicio no puede aceptarse una perspectiva de bien jurídico socioeconómico porque el tipo delictivo del 270.1 no exige que la conducta realizada llegue a lesionar o a poner en peligro el sistema económico para poder ser apreciado, con lo que su afectación no forma parte del injusto<sup>224</sup>.

De hecho, también respalda dicha postura el hecho de que las conductas típicas de este delito solo puedan llegar a generar los enormes perjuicios socioeconómicos de los que hablan los defensores de esta postura mediante su repetición acumulada, realizadas por múltiples sujetos que actúan de forma descoordinada entre sí, lo que impide entender a uno o a varios de ellos como responsables individuales de la posible lesión o del peligro de lesión

---

<sup>223</sup> Manifiestan los autores: “En concreto, es un delito que protege los derechos de explotación económica y no los meramente morales que la legislación civil otorga inicialmente al autor o creador de las obras amparadas por los derechos de los que venimos hablando, pero que pueden ser cedidos por éste a terceros, quienes se convertirán entonces en los titulares de los mismos en los ámbitos espacial y temporal en los que se les hayan cedido. Así, se desprende tanto de la ubicación sistemática de estos delitos, inscritos entre los delitos contra la patrimonio y el orden socioeconómico, lo que pone de manifiesto su carácter económico y no meramente moral, como del hecho de su tipo objetivo exija, para ser apreciado, la ausencia del consentimiento de los titulares o cesionarios de dichos derechos y que se realice «en perjuicio de tercero», es decir, pudiendo llegar a dañar los referidos derechos de explotación; expresiones ambas que ponen de manifiesto el carácter claramente individual y disponible del bien jurídico económico que vendría a tutelar. Así pues, lo que este delito trata de proteger son los derechos que corresponden a los autores de creaciones de propiedad intelectual o a sus cesionarios a explotar de forma económica y en exclusiva el producto de su actividad y no los derechos morales que también les corresponden a ser reconocidos como sus creadores o a que se respete la integridad de su creación”. En: Galán Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 106-107.

<sup>224</sup> ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Editoriales Tecnos. España. 2002. SÁDABA, Igor. Propiedad intelectual ¿Bienes públicos o mercancía privada? Editorial catarata. Madrid. 2008. RAMS ALBESA, Joaquín. Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual. Fundación Aisge. Madrid. 2010. LACARTE, Julio y GRANADOS, Jaime. (Editores) Solución de controversias comerciales e intergubernamentales: enfoques regionales y multilaterales (serie estudios especiales = Special Report Series, EE) Editor BID-INTAL. Buenos Aires. Argentina. 2004

del valor supraindividual que la eventual repetición de su conducta por parte de otros sujetos podría llegar a generar, ya que le castigaría por una conducta que el resultaría completamente ajena y con ello violaría el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas<sup>225</sup>.

Consideramos, por tanto, que nos encontramos ante delitos protectores de valores patrimoniales puramente individuales y no en socioeconómicos<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> “Esta última propuesta trae al ámbito de los delitos de peligro-lesión toda la polémica referida a los denominados «delitos de acumulación»; categoría de delitos absolutamente rechazable, a nuestro modo de ver, por dos razones fundamentales. La primera porque resulta indudable que dicha construcción delictiva trata de fundamentar parte del injusto típico propio de estos delitos y del que, no lo olvidemos, tendrá que responder su autor —la referida a la puesta en peligro del bien jurídico supraindividual—, atendiendo a unas conductas que no son suyas y en cuya realización ni siquiera habrá llegado a tomar parte. En concreto, en las supuestas y todavía no realizadas conductas semejantes que podrían realizar terceros en el futuro, si no se le castigase a él, lo que supondría fundamentar el injusto del delito por el que se le iba a responsabilizar y, con ello, parte de la pena por la tendría que responder en una conducta de un tercero que le resultaría completamente ajena, algo que, sin duda, vulneraría de forma fragante el principio de la responsabilidad penal individual, derivado del más general principio de culpabilidad y que, por ello, se debe rechazar. Pero es que, además y por otra parte, dicha propuesta vendría, a sustentar el peligro para el bien jurídico supraindividual que presuntamente contemplan los injustos de los delitos de peligro-lesión en unas conductas que, además de ser ajenas a aquel a quien se quiere responsabilizar por su ejecución, de hecho, todavía no se habrían llegado ni siquiera a realizar ni tal vez nunca lo llegasen a hacer, lo que supondría presumir de forma iure ex de iure y sin base fáctica alguna la existencia del peligro del que supuestamente el autor de estos delitos tendría que responder y, por tanto, contrariaría las exigencias más básicas derivadas del principio de proporcionalidad y de lesividad” En: Galán Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23-24

<sup>226</sup> En este sentido MUÑOZ CONDE: “Bien jurídico protegido Para la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos es necesario remitirse a la legislación extrapenal y concretamente al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996 dice que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Como se ve, este precepto acoge abiertamente una concepción dualista en la que se atribuyen a la propiedad intelectual facultades de tipo personal y patrimonial. Sin negar la importancia del primer aspecto, en la regulación de estos delitos predomina, sin embargo, el aspecto patrimonial, no tanto porque se mantenga dentro del Título XIII del Código penal, como por las dificultades que entraña la protección penal de la vertiente personal o extrapatrimonial. La propiedad intelectual tiene, en efecto, una dimensión moral que algunos intentan ubicar incluso a nivel constitucional en el art. 20, 1, b de la Constitución («derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»). Pero en los delitos tipificados en esta Sección 1ª no se protege esta dimensión moral o personal de la propiedad intelectual. El derecho reconocido en el art. 20, 1, b de la Constitución es un derecho a la producción y creación intelectual que sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas, pero no con delitos de carácter patrimonial o socioeconómico”. MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte especial, 20ª edición (...) op. cit. p. 396 – 397. En este mismo sentido GALÁN MUÑOZ: “Ubicación que podría llevarnos a pensar que nos encontramos ante unos delitos de marcada naturaleza socioeconómica, protectores de

por cuanto, por más que se pretenda magnificar por un sector de los actores involucrados (industria del entretenimiento) las cuantiosas pérdidas económicas que implica la vulneración de estos derechos, lo cierto y verdad es que los mismos, aun cuando se lleguen a producir no conseguirán atacar la estabilidad y funcionamiento del mercado

Habrà que entender, por tanto, que, por más que la protección del orden socioeconómico pueda ser la ratio legis del delito ahora analizado, como lo sería también del hurto o de la estafa, no es su verdadero bien jurídico en sentido técnico, sino que éste es el derecho de explotación patrimonial del titular de la propiedad intelectual; por lo que habrá que partir de una perspectiva eminentemente patrimonial, a la hora de analizar el tipo delictivo, postura que, a nuestro modo de ver, y partiendo de un criterio de bien jurídico orientado a intereses humanos dignos de protección penal, es decir, dignos o merecedores de recibir la forma más invasiva de control social de que dispone el Estado (esto es, a través de la privación de la libertad), podría llevar a que se cuestionase la propia legitimidad de continuar protegiendo el referido valor mediante el empleo del Derecho penal.

---

bienes jurídicos económicos supraindividuales, como lo son muchos otros delitos contenidos en dicho capítulo. Sin embargo, un análisis más detenido de los tipos delictivos que nos ocupan nos llevará rápidamente a percatarnos de que resulta imposible englobarlos en su conjunto dentro de dicha categoría de delitos, ya que, si bien es cierto, que todos ellos tienden a proteger los derechos económicos de explotación de los titulares de propiedad intelectual y no sus derechos morales, unos (la mayoría, como veremos) presentan naturaleza una eminente patrimonial individual y protegen los derechos de los concretos titulares de tales derechos de explotación frente a posibles afecciones, mientras que otros tutelan dichos derechos de forma mucho más general y colectiva, lo que los dota de una verdadera naturaleza socioeconómica” En: GALÁN MUÑOZ, Alfonso. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores En: Comentarios al Código penal dirigido por Quintero Olivares<sup>7a</sup> edición de dicha obra en prensa. 2015.

### **2.1.2. El tipo objetivo**

El artículo 270.1 CP modificado por el artículo Nro. 151 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, viene a contemplar toda una serie de conductas que pueden llegar a ser delictivas en lo que sería el nuevo tipo básico de explotación de los derechos de propiedad intelectual.

Es necesario desagregar y analizar los componentes típicos de los hechos prohibidos en el 2017.1 CP para una mejor comprensión de los mismos, lo que dejará claro que bajo sus contenidos se defienden los derechos de explotación económica que sobre una obra tienen los titulares de éstos derechos o sus cesionarios.<sup>227</sup>

#### **2.1.2.1. Los sujetos**

##### **a. Sujeto activo**

De acuerdo con el 270.1 CP, sus posibles conductas típicas pueden ser realizadas por cualquier persona, pues no se exige una cualificación especial de ésta. Es decir, puede ser cualquier persona que no tengan la condición de titular o de cesionario de los derechos de propiedad intelectual de una obra o prestación literaria, artística o científica y que realice las conductas tipificadas

---

<sup>227</sup> VIVES-GRÁCIA, Joseph. Aspectos de la propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales. Revista el profesional de la información. Vol. 14. Número 4. Págs. 267-278. 2005. LORENZOTTI, Ricardo Luis. y PEDROTTI, Daniel. Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo. Revista AEU, Número 1 extraordinario. Págs. 133-123. En: <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf> (Ult. Vis. 3.03.2013) 1994. GIL GIL, Alicia y MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud. InDret. Revista de análisis del derecho. Número 2. 2009. RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo, MARTÍNEZ SÁNCHEZ Wilson y SINTURA VARELA, Francisco José. (Editores) Estudios de derecho penal económico. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2007

sin la autorización de los mismos, la expresión inicial del tipo “será castigado” nos da la dimensión de la indeterminación del sujeto activo<sup>228</sup>.

De hecho y a juicio de la opinión doctrinal mayoritaria el creador de la obra de propiedad intelectual puede ser también sujeto activo del delito del artículo 270 CP, tanto en relación a los demás coautores de la obra como a los cesionarios a los que se hayan cedido los derechos de explotación de la obra<sup>229</sup>, Así, por ejemplo, la eventualidad de que el autor pueda ser sujeto activo frente al cesionario pueden plantearse, por ejemplo, cuando el autor reproduce por sí o distribuye una obra cuyos derechos de explotación ha cedido antes válidamente a un tercero o cuando vuelve a transmitir a otro los que ya detenta legalmente un primer cesionario en exclusiva. Igualmente, tal situación puede darse en casos de titularidad compartida de los derechos de propiedad intelectual, como ocurre cuando se plantean conflictos entre coautores, entre autores y transformadores y entre autores y cesionari<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> GALAN MUÑOZ, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En GALAN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual de derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. p. 107

<sup>229</sup> MATIZ BULLA, Carlos Alfonso. Delitos contra los derechos de autor en el nuevo código penal (ley 599 de 2001) Revista de propiedad inmaterial. Número 3. 2002. GONZÁLEZ DE CHAVES CALAMITA, María Eugenia. El llamado “delito informático.” Anales de la facultad de derecho. Unirioja. Número 21. 2004. FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. Delitos contra los derechos de autor. Revista derecho penal y criminología. Número 19. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004

<sup>230</sup> Para la situación semejante que se plantea en los delitos de apoderamiento, la posición doctrinal mayoritaria diferencia según que se trate de cuotas ideales o proporcionales. Aplicando aquí principios similares – y a salvo siempre lo que constituya un mero incumplimiento contractual, cuando, siendo posible la explotación separada, un coautor decide sobre las aportaciones de los demás, reproduciéndolas, distribuyéndolas o comunicándolas sin su consentimiento, en realidad, se coloca en la posición de un tercero, por lo que ninguna dificultad habrá para considerarlo sujeto activo del delito. Si hace objetiva y subjetivamente lo que un extraño, como ellos debe responder. Por el contrario, si no es posible la actuación separada (porque ello perjudica la explotación común de la obra o porque se pactó así), el sujeto decide sobre algo que le es propio y sobre algo que le es ajeno, planteándose una situación similar a la de la copropiedad de cuotas proporcionales y no divididas, en la que falta la ajenidad de la cosa necesaria para la apreciación del delito, por lo que, en estos casos, el hecho será atípico, es decir, no se configura uno de los elementos objetivos del tipo, asunto que pasaría a resolverse conforme la ley de propiedad intelectual y no mediante el artículo 270

También y por otra parte, puede darse el caso de que un cesionario, titular limitado de los derechos de explotación se exceda en el derecho que tenía concedido dando lugar también a una afectación de los derechos de un tercero susceptible de ser castigados conforme a este delito (p. ej. el cesionario de los derechos de explotación de una obra para un determinado territorio, los explota en otro diferente en el que no gozaba de autorización)<sup>231</sup>.

Estimamos, por tanto, que tanto los autores como los cesionarios pueden ser sujetos activos del delito en determinados supuestos.

Igualmente posible es que el transformador puede ser sujeto activo del delito frente al autor de la obra original, y viceversa.<sup>232</sup>

Estos criterios puede adoptarse, como principio general desde el que partir para analizar las diversas posibilidades y variantes que pueden plantarse y que dependerán de la naturaleza de la obra (colectiva, compuesta, en

---

CP. Cfr. GÓMEZ POMAR, Fernando. El incumplimiento en el derecho español. Indret. Revista para el análisis del derecho. Número 3. 2007. PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. El concepto de conducta como elemento indispensable en la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Universidad del Norte. Barranquilla. Revista de Derecho. Número 34. 2010. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Número 1. 1999

<sup>231</sup> GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit pp.52. SÁENZ ARJONA, Elena. Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (en homenaje al barón Gerhard Ernest Von Franckenaue). Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política social. Número 8. 2014. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción. Aspectos internacionales de la contratación electrónica. Universidad de Valencia. España. 2008. ARIAS POU, María. Reutilización de la información y protección de datos personales. Navarra. Revista de estudios locales. Número 107. 2008

<sup>232</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal. Revista Derecho penal y criminología. Número 28. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. PÉREZ DE ANTIVEROS BAQUERO, Carmen. Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación. Revista Vector Plus. Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Universitaria. Número 04. 1995. ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro. Obligaciones del autor en el contrato de edición. Fundación Aisge. Madrid. 2003. BORCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y otros. Comentarios a la ley de propiedad industrial. Editorial Tecno. España. 2007. GENDRAU, Ysolde. El derecho en reproducción e Internet. Universidad Externado de Colombia. Número 4. 1999.

colaboración, etc.) y de las propias relaciones entre autores, autores y cesionarios, etc.<sup>233</sup>

Ahora bien, en caso que el propio autor de la obra, la plagie, lo que se conoce como autoplagio, lo que se dará cuando el autor de una obra que la ha cedido en exclusiva y la cede de nuevo a otro sujeto para su explotación cambiando simplemente su título concordamos con la posición de GÓMEZ RIVERO, cuando afirma que no se prevé una persecución penal para dicha conducta, en cuanto los principales argumentos en contra de su castigo penal apuntan no sólo a la paradoja que supone criminalizar al propio autor de la obra, sujeto para el que precisamente fueron elaborados los derechos de propiedad intelectual de los cuales siguen titular, sino también a la inconveniencia de su castigo, sobre la base ahora de argumentos de política criminal que aconsejarían resolver los conflictos entre el cesionario y el autor en el ámbito del Derecho privado<sup>234</sup>.

De igual manera tendría que analizarse con relación a las obras que proceden de una relación laboral y las facultades patrimoniales que se ceden en dicho contrato, o las de las obras en colaboración o con múltiples autores, manteniendo como principio obligado acudir, en primer lugar, a los criterios del TRLPI, incluso exigiendo que se resuelvan en el orden civil todas aquellas conductas que no logren superar de manera categórica criterio definitorio del orden civil al penal, como lo es, por ejemplo y como ya veremos, el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, para que, a contrario sensu,

---

<sup>233</sup> *Ibíd.*

<sup>234</sup> GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. p. 41



en todos aquellos casos prácticos en que hayan dudas sobre el contrato, las facultades cedidas, los poderes y convenios entre las partes autores, coautores y cedentes de las obras, dichos entuertos se resuelvan en el orden civil y no penal, realizando de este modo el principio del Derecho penal mínimo en su carácter subsidiario exigible a esta materia que tiene a su servicio diferentes órdenes de intervención.

## **b. Sujeto pasivo**

Los sujetos pasivos en todas las modalidades de conducta de los delitos contra la propiedad intelectual lo serán los titulares de los correspondientes derechos de explotación de propiedad intelectual y sus cesionarios, lo cual viene dado desde las condiciones de la Ley de propiedad Intelectual reflejado en las últimas reformas del código penal<sup>235</sup>.

La referencia a los titulares de los derechos de propiedad intelectual alude a los autores en sentido propio. En definitiva, a los autores originarios, a los creadores, a quienes dan forma concreta a la idea que se materializa en la obra (arts. 1 y 5 L.P.I.). Acoge, pues, a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y a los transformadores (art. 11 L.P.I.), que son, pues, los originarios sujetos pasivos del delito, los únicos a los que se les reconoce un derecho moral sobre la obra y lo que, en principio, pueden prestar consentimiento válido que excluya la tipicidad de la explotación realizada por

---

<sup>235</sup> “Sujeto pasivo serán los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, en la medida en que lo afectado con el delito es la facultad que legalmente les viene reconocida en cada caso por la L.P.I.” GONZÁLES RUS, Juan José. Comentarios al Código Penal. – Art. 270. En: Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 727. EDERSA: Madrid, 1999, p. 936.

un tercero. También tienen la condición de titulares los causahabientes de los respectivos derechos. Deben considerarse también titulares a quienes publican, reproducen o distribuyen una obra no divulgada de autor desconocido. Salvo prueba en contrario, se presume autor de la obra a quien aparezca como tal mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6.1 L.P.I.)<sup>236</sup>.

Junto a los derechos que corresponden al autor de la obra original se comprenden los llamados *derechos conexos* (*que comprenden para dichos intermediarios el derecho a autorizar la reproducción de la obra, su comunicación pública y su distribución de conformidad con los artículos 105 y ss del TRLPI*) haciendo posible que además del creador puedan ser también sujetos pasivos los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores<sup>237</sup>.

Alguna doctrina consideró que el artículo 270.1 CP prestaba protección únicamente a los intérpretes o ejecutantes, pero no al resto de titulares de derechos conexos. Así lo indica el hecho de que son éstos los únicos citados en el precepto, por lo que la inclusión de otros titulares supondría el recurso la analogía *in malam partem*.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> MAGNE AGUILAR, Alcides. Notas sobre los delitos contra la propiedad intelectual. La Paz. Fuentes, revista de la biblioteca y archivo histórico de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Vol. 5 Número 12. 2011. BLANCO LOZANO, Carlos. La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el Código Penal español. Universidad de Sevilla. España. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Número 17. 2011. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Delitos contra los derechos de autor. Revista Derecho penal y Criminología. Número 17. 1995.

<sup>237</sup> Ver derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Libro II, Título I, arts. 105 y ss. Del Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>238</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. El derecho fundamental a la legalidad penal. Revista española de derecho constitucional. Número 39. 1993. OSSA ROJAS, Claudio Patricio. Desafíos jurídicos que plantea la regulación de las medidas técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos. Universidad de San Sebastián. Chile. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Número 17. 2011

La posición doctrinal mayoritaria, sin embargo, acepta, como recuerda MIRÓ LLINARES, que la condición de sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual corresponde también a todos los titulares de derechos conexos, siempre que sus derechos recaigan sobre el objeto material que expresamente se cita en el Código.<sup>239</sup>

En el mismo sentido que lo expresamos *supra* para el sujeto activo, con relación al sujeto pasivo también habrán de considerarse las distintas formas de relación que por contrato puede permitirse para la cesión de los derechos de explotación de los derechos conexos, por lo que el sujeto pasivo acorde con dichas relaciones previsibles en el TRLPI puede ampliarse no sólo a quién tenga la condición de intérprete, ejecutante, etc...<sup>240</sup>.

#### **2.1.2.2. El objeto material del delito**

El 270.1 CP se refiere a *“una obra o prestación literaria, artística o científica”*<sup>241</sup> e incluye de manera expresa *“o su transformación, interpretación o*

---

<sup>239</sup> MIRÓ LLINARES, F. La protección penal (...) Op. Cit. pp. 159 – 168.

<sup>240</sup> En este sentido es pertinente lo expresado por GOMEZ RIVERO, M.: “Sin abandonar el capítulo de los sujetos que ostentan la condición de titulares originarios de los derechos de propiedad intelectual hay que citar a quienes, sin ser ya autores, quedan comprendidos en el círculo de sujetos que contempla la LPI en su Libro II bajo la rúbrica “otros derechos de propiedad intelectual”. En concreto, en dicha ubicación sistemática regula los respectivos derechos de exclusividad de los artistas, intérpretes o ejecutantes (arts. 105 ss.), de los productores de fonogramas (arts. 114 ss.), de los productores de grabaciones audiovisuales (arts. 120 ss.), así como de las entidades de radiodifusión (arts. 126 ss.). En tanto que todos ellos pueden considerarse portadores primarios de las facultades de contenido económico derivadas de los derechos exclusivos que le corresponden, habrán de entenderse comprendidos por el alcance de la tutela penal, siempre lógicamente que su actividad recaiga sobre el objeto que delimita el delito, a saber, una obra literaria, artística o científica GÓMEZ RIVERO, M.. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit p. 51

<sup>241</sup> Hay una evidente ampliación en cuanto ya no se refiere exclusivamente a la obra literaria, sino prestación literaria, lo cual es un concepto más genérico. En términos del 270 antes de la reciente reforma se podía explicar que: La delimitación del objeto de la acción delictiva es esencial para fijar el marco de la protección penal. El objeto de protección en el art. 270 del CP, es en primer lugar, la <<obra literaria, artística y científica>>. La Ley de Propiedad Intelectual no contiene definición de estos conceptos, aunque considera en su art. 10 como objeto de los derechos de propiedad intelectual <<todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible, o intangible, actualmente

*ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través del cualquier medio”.*

Visto el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, conocido por sus siglas de TRLPI, tendríamos que concluir que allí, en el artículo 10, se define cual es el objeto de protección de la propiedad intelectual, con lo que las expresiones obra, prestación literaria<sup>242</sup>, artística o

---

conocido o que se invente en el futuro>>, haciendo a continuación una relación ejemplificativa de las mismas que no agota su ámbito de protección. En todo caso esta tutela, civil y también penal, requiere que la obra sea producto del ingenio, esto es, una creación personal o espiritual y que tenga la nota de originalidad. De estos mismos preceptos se infiere que, para que exista un objeto material susceptible del derecho de autor y de la consiguiente protección, la creación o idea original ha de comunicarse o fijarse en algún medio o soporte perceptible por los sentidos. Pero una cosa es la protección de la obra, y otra la de este soporte físico o mecánico que la incorpora y a través del cual ha de plasmarse (p.e. un libro, un DVD), el cual queda fuera de la esfera de protección de la propiedad intelectual (art. 3.1 de la LPI), sin perjuicio de su posible tutela por medio de otros tipos delictivos contra el patrimonio. TASENDE CALVO, Julio. Los delitos contra la propiedad intelectual. Tipicidad y doctrina legal. Madrid: Actualidad penal, 2003, n.º2, ISSN 0213-6562, pp. 619, 621.

<sup>242</sup> El objeto material de las conductas típicas pasa a incorporar un término hasta ahora desconocido en la legislación penal sobre el tema: la «prestación». La determinación del contenido de este nuevo término típico se enfrenta a la dificultad de que no se encuentre explícitamente acotado en la normativa civil --pues aunque aparece en diversos preceptos de la LPI, siempre para formar el binomio «obras o prestaciones» [entre otros el art. 139.1 e) y g) (relativo a las medidas de cesación), o los arts. 160.3, 161.1, 161.4, 161.5, 162.1.b/, 162.2 (sobre medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones)], lo cierto es que la ley no lo define expresamente--, lo que en cierto modo se compensa con lo frecuente y pacífico de su utilización doctrinal, a la que inevitablemente se ha de recurrir. Pues bien: en la doctrina civilista prestaciones son todo aquello sobre lo que recaen esos «otros derechos de propiedad intelectual» o derechos «afines» a ésta, reconocidos en el Libro II LPI, distintos de los derechos de propiedad intelectual stricto sensu atribuidos al autor (o a sus cesionarios) sobre sus obras: se incardinan por tanto en este concepto las interpretaciones artísticas (arts. 105 a 113); las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales (cuyos derechos corresponden a sus respectivos productores, arts. 114-119 y 120-125); las emisiones o transmisiones (que originan los correspondientes derechos a favor de las entidades de radiodifusión, arts. 126-127), o las meras fotografías (art. 128). Ha de repararse, pues ello es de la mayor relevancia, en que estos derechos (sobre las correspondientes prestaciones) se protegen en la LPI per se, esto es, sin que tengan en modo alguno que ir ligados a una obra intelectual en sentido estricto. Una referencia más concreta a algunas de las prestaciones citadas servirá para ilustrar la importancia de la cuestión: una grabación audiovisual se encuentra protegida por la LPI con total independencia de que contenga o no una obra, del mismo modo que lo está una emisión o transmisión, que puede serlo, por acudir al ejemplo posiblemente de mayor relevancia práctica, de un acontecimiento deportivo (un partido de fútbol, por ejemplo). TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) En: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Coordinadores: GÓRRIZ ROYO, Elena; MATA LLÍN

científica, cuenta como un elemento normativo del tipo penal que requerirá siempre reenvío al TRLPI y sus posteriores reformas.

En el Artículo 10 del TRLPI se expresa: *“Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. i) Los programas de ordenador. 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella”.*

Analicemos esta definición legal por partes y con mayor detenimiento.

#### **a. La obra**

Una definición legal de lo que significa la obra, es teniendo en cuenta el ámbito de tutela de la LPI, específicamente lo que indica el artículo 10.1 de esta Ley, al considerar que es objeto de protección de propiedad intelectual *“todas las creaciones originales, literarias, artísticas, o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible, o intangible, actualmente conocido o que se inventen en el futuro”*<sup>243</sup>. Este concepto conlleva tres elementos de lo que puede ser considerado como una obra objeto de propiedad intelectual:

- La creación literaria, artística o científica<sup>244</sup>, podemos comprender aquellas obras de carácter literario, científico<sup>245</sup>, técnico o práctico, que utilizan como medio de expresión el lenguaje escrito, es decir, los libros, folletos y todo tipo de escritos, sin tener en cuenta su valor estético o destinación. Las diferentes formas de expresión que tiene el hombre para plasmar sus ideas, son consideradas obras literarias.

Las obras artísticas son obras que van dirigidas, por lo general, a

---

<sup>243</sup> GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales: los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. España: Ed. Tirant, 2012, p. 16.

<sup>244</sup> “El concepto general clasifica las obras en literarias, artísticas o científicas. Dicha clasificación no tiene más significado que el puramente descriptivo de señalar los diversos ámbitos de la actividad humana en los que se producen obras. Probablemente nuestra LPI toma directamente esa clasificación del art. 1 LPI de 1879. En: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) Manual de propiedad intelectual, 6ta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. P. 51

<sup>245</sup> En la mayoría de los convenios internacionales, y en las legislaciones nacionales sobre derechos de autor, la expresión "obras literarias y artísticas" define todo el campo de protección de esta disciplina jurídica. Aunque muchas legislaciones, incluyen las "obras científicas" dentro de dicha expresión, se ha concluido que tal división sobra, pues una obra científica no se halla protegida por el derecho de autor en razón del carácter científico de su contenido (un manual de física o medicina, o el resultado de una investigación sobre microbiología), sino por la forma literaria o artística como se han expresado las ideas del autor, es decir, los vocablos, los dibujos, etcétera. Lo que permite afirmar que para el derecho de autor las obras científicas son, simplemente, otro tipo de obras literarias o artísticas.

crear un impacto o sensación estética en quien las contempla, y entre ellas están incluidas las pinturas, dibujos, esculturas, grabados, litografías y obras arquitectónicas, entre otras.

- La originalidad,<sup>246</sup> no es sinónimo de novedad y, por tanto, el concepto se traduce en que una obra es protegida en la medida en que sea producto de una expresión particular del autor. Es importante aclarar que una obra es original a pesar de que parta de una idea que no lo sea, pues aunque las dos producciones partan de lo mismo, su elaboración siempre será diferente.
- Recogida en un soporte.<sup>247</sup> El soporte es el medio en el que se expresa la obra, es decir, es la forma perceptible en que se materializa la idea del autor. Por ejemplo, la hoja de papel en la que está escrito un poema, o el archivo digital que contiene el mismo poema, serán los soportes de esa obra. Pero no debe confundirse la materialidad del soporte con la obra misma. Es distinto ser dueño del ejemplar físico de un libro o de un disco compacto o de la tela de un cuadro, que ser dueño de la obra literaria, musical o pictórica incluida en dichos soportes. La obra es única, aunque los soportes se multipliquen o varíen.

---

<sup>246</sup> Expresa BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. "La obra, objeto del derecho de autor, ha de ser una creación original intelectual (vid. art. 12.1 LPI), original de un ser humano" y más adelante: "El requisito esencial para que lo creado por un ser humano merezca la consideración de obra es que sea original. Ahora bien, este requisito de originalidad puede ser entendido como originalidad subjetiva, o requisito de no haber copiado de una obra ajena, o como originalidad objetiva, o requisito de haber creado algo nuevo, no existente previamente, esto es, como requisito de novedad". *Ibídem*. P. 52-53

<sup>247</sup> "De ahí que sea necesario que la creación se exteriorice (...) esa exteriorización tienen como único requisito su perceptibilidad. Puede ser tangible, concretándose en un objeto material (libro, cuadro, escultura, partitura, grabación) o intangible (actuación oral, improvisación musical, pantomima), duradera o no (...). Con el fin de descubrir todos los casos posibles, el art. 10 LPI ha incluido no solo los medios o soportes ya conocidos, sino cualesquiera que se inventen en el futuro, siempre que –repetimos– sean aptos para permitir la percepción por parte de terceros, aunque sea pasajera" *ibídem*, p. 61

- La necesidad de fijación es un requisito práctico que da cuenta de la existencia y la naturaleza de una obra, permitiendo su percepción. Si bien hay obras que en sí mismas no requieren de un soporte físico (como son los discursos, las conferencias o las lecciones pedagógicas) su protección se hace efectiva cuando han sido incorporadas en algún soporte (por ejemplo, una grabación o transcripción del respectivo discurso). Ello facilita la prueba de la existencia y el contenido de una obra.

Lo primero que se necesita para apreciar una obra de propiedad intelectual es una creación. Es decir, una muestra del ingenio humano que sea innovadora u original y no una mera copia de algún trabajo previamente existente<sup>248</sup>.

Por otra parte, la creación debe ser literaria, artística o científica. Las leyes no se detienen a definir qué creación es artística. El catálogo tradicional de las artes (música, escultura, pintura, literatura, arquitectura, teatro y cine) es útil, si se emplea con prudencia<sup>249</sup>. Por ejemplo, el plano de un edificio es creación intelectual, pero la ejecución y el edificio mismo están sometidos al Derecho urbanístico. Que el arquitecto tenga o no derecho a que el edificio responda exactamente a su concepción ideal en el plano y a que no se introduzcan alteraciones durante o después de la construcción, constituye un grave

---

<sup>248</sup> RIOS RUIZ, Wilson Rafael. "La manera como el autor concibe el mundo exterior, lo manifiesta mediante su intelecto, lo plasma en todo tipo de obra artística, científica y literaria, y torna en concreto lo etéreo" En: La propiedad intelectual en la era de las nuevas tecnologías. Ed. Uniandes, Bogotá, 2009, p. 23

<sup>249</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalez. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Cataluña: Universitat Oberta de Catalunya. pág. 10. En: [https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho\\_penal\\_economico/Derecho\\_penal\\_economico\\_\(Modulo\\_3\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_(Modulo_3).pdf) (Ult. Vis. 23.09.2015)



problema, pero su cauce jurídico no es el Derecho penal, sino el de la reclamación civil. En cambio, intervendrá la Ley penal si el plano se plagia o edita sin autorización de su autor.<sup>250</sup>

Por su parte, la obra artística comprende cualquier forma de expresión como consecuencia del cultivo de artes como la pintura, la escultura, la música, la danza, etc. y no depende del gusto estético<sup>251</sup>.

Por otra parte, puede decirse que la obra literaria se caracteriza porque posee elementos estéticos definidos, sin que importe las consideraciones subjetivas de gusto. Desarrolla géneros como la poesía, la prosa, la novela, etc. y puede ser escrita u oral<sup>252</sup>. La expresión “obra científica”, por su parte contiene todos aquellos trabajos de naturaleza intelectual que entran en el campo de la razón, la percepción y el conocimiento, que se dirigen a su descubrimiento, discernimiento, divulgación o enseñanza, en cualquier rama del saber humano. También abarca la obra escrita u oral de cualquier naturaleza y extensión sobre los principios, reglas, métodos y desarrollos realizados dentro de la ciencia<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ascencio. La clonación arquitectónica. Editorial Ciruela. Bogotá. 2007., SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, Carmen. Conflictos jurídicos del arquitecto con la regulación de la propiedad. España. Revista de derecho UNED. Número 16. 2015

<sup>251</sup> “La obra, objeto del derecho de autor, ha de ser una creación original intelectual (vid. art. 12.1 LPI), original de un ser humano”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 7ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2017 pp. 52 y ss

<sup>252</sup> “De acuerdo con el concepto general de obra, el contenido de las obras literarias puede ser literario, científico o artístico; también tecnológico. Puede utilizarse cualquier lengua oral o escrita, aunque la entienda poca gente o un grupo reducido de personas. Comprenden obras que se manifiestan por medio de gestos o por sistemas perceptibles al tacto, siempre que sean lenguajes convencionales reconocidos (sistemas para ciegos —sistema Braille— o para sordos)” Ibídem, p. 62

<sup>253</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Comentarios al Nuevo Código Penal Sustancial. Tercera edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003. pág. 463.

Existe una zona dudosa la de las llamadas obras “*científicas*”, que en ocasiones están frecuentemente a caballo de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial. Su pertenencia al ámbito de la propiedad intelectual debe limitarse a las obras literarias de carácter científico en sentido amplio (escritos técnicos de cualquier índole), siempre que conserven los datos de originalidad y personalidad. En cuanto a los inventos o descubrimientos que por su propia naturaleza, estén abocados a un desarrollo y aplicación industrial, en principio, recibirán la protección de la legislación sobre patentes o modelos de utilidad y, por lo tanto, estarán al margen de la propiedad intelectual, si bien, hay que tener en cuenta que los programas de ordenador, pese a que puedan tener aplicación industrial, están amparados por decisión legal por la ámbito de la propiedad intelectual (art. 10 LPI), a pesar de cumplirse en ellos las condiciones que les permitiría ser considerados como objetos de propiedad industrial.<sup>254</sup>

Hay que recordar, finalmente que en los términos del Artículo 1 del TRLPI el hecho generador de la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación, es decir, no se está sometido a un sistema de registro previo a la obra para gozar de la titularidad de los mismos, sin que nuestro Código penal exija tampoco su registro para brindarle protección penal.

#### **b. La prestación literaria, artística o científica**

Amén de lo ya comentado en el objeto de protección típica cuando se hizo mención a la equiparación del término “obra o prestación” al que se refiere el

---

<sup>254</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software. Revista Penal. Número 22. 2008.

artículo 270 del CP, vale la pena decir que con la denominación prestación se alude a los bienes inmateriales que configuran el objeto de los llamados "derechos conexos" o "vecinos" u "otros derechos" que se derivan de los derechos de explotación económica de modo que los titulares de esos otros derechos también tengan protección a través de los derechos conexos como se expresa en la convención de Roma sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, en la que se incluyen a las interpretaciones o ejecuciones artísticas, a las producciones fonográficas y a las emisiones de radiodifusión, es decir, las "prestaciones" de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.

“En efecto, la LPI atribuye un derecho de exclusiva de explotación o utilización a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus actuaciones (arr.105 a 113), a los productores de fonogramas sobre sus fonogramas (arts. 114 a 119), a los productores de grabaciones audiovisuales sobre sus grabaciones (arts. 120 a 125), a las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones (arts. 126-127), a las realizaciones de meras fotografías (que no sean obra fotográfica) sobre ellas (art. 128), a los divulgadores de obras inéditas que estén en el dominio público, sobre dichas obras (arts. 129.1 y 130), a los editores sobre sus ediciones siempre que puedan ser individualizadas por sus características (arts. 129.2 y 130). De esta enumeración resulta evidente que se trata de derechos estrechamente relacionados con producción, la difusión y la explotación de las obras, basados los más importantes en la conveniencia de conceder a productores y artistas

una protección autónoma de la que, en su caso, podrían tener como meros cesionarios o licenciatarios del derecho de autor<sup>255</sup>.

En cuanto al nuevo término “prestación<sup>256</sup>” TOMÁS -VALIENTE LANUZA lo considera una ampliación del espectro del objeto de protección típica anterior que se limitaba a las transformaciones, interpretaciones y ejecuciones, que incluiría cualquier tipo de las creaciones derivadas protegidas por los referidos derechos conexos. Sin embargo, y frente a lo anterior nos decantamos por la posición del profesor GALÁN MUÑOZ, que en clave de garantía y restricción expone que la anterior *postura* “...olvida que el art. 270.1 CP delimita, precisamente y de forma expresa, a las prestaciones de las que habla, calificándolas como literarias, artísticas o científicas, adjetivación y delimitación que no puede ser relegada al olvido, como pretende la referida autora (refiriéndose a TOMÁS-VALIENTE LANUZA) sin quebrar el principio de legalidad, y que, precisamente por ello, determinará que solo puedan tener cabida en el tipo de este delito aquellas prestaciones que tengan alguna de dichas naturalezas bien por sí mismas, como podría suceder, por ejemplo, con las ediciones artísticas de una obra literaria ajena, o bien por recaer sobre obras de dicha naturaleza, como acontecería con la retransmisión de una

---

<sup>255</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) Manual de propiedad intelectual, 6ta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. P. 30-31

<sup>256</sup> BRUNO, Andrés, indica que: “(...) Por el nuevo término “Prestación” se debe de entender todos aquellos derechos que **no** protegen a los autores ni a las obras, es decir, se protege más la inversión que la creatividad en sí. BRUNO, Andrés. En <https://derechoeinternet.me/2011/12/02/los-derechos-conexos-de-propiedad-intelectual-para-prestaciones-protegidas/> (ult.Vis. 13.08.2016) De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “Prestación” significa: “una renta, tributo pagadera al propietario; es una cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de una obligación legal”. En <http://dle.rae.es/?id=U6q7XKf> (ult.Vis. 13.08.2016). Según señala el CRAI (Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación) de la Universidad de Barcelona: “Las prestaciones están constituidas por interpretaciones, producciones, grabaciones, bases de datos, etc.” Cuyos titulares pueden ser personas naturales o jurídicas”. En <http://crai.ub.edu/es/pmf-generales/derechos-autor/propiedad-intelectual> (Ult. Vis. 13.08.2016).

*película o de una obra musical ajena; supuestos éstos en los que la concurrencia de objetos protegidos por la propiedad intelectual (la obra en sí y la prestación referida a la misma) podrá dar lugar, atendiendo a lo establecido en el art. 3.3º TRLPI, a una acumulación de los daños generados a la propiedad intelectual, dado que se afectará a los del autor y a los de la entidad de radiodifusión de la obra en cuestión*<sup>257</sup>

Finalmente, solo resta por señalar en relación a los dos objetos materiales comentados (la obra y la prestación) que al extender el art. 270.1 CP su protección a cualquiera de dichos objetos siempre que esté fijado en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio

Lo primero, esto es la expresa extensión de la protección penal a las transformaciones, interpretaciones o ejecuciones de cualquiera de los dos objetos anteriores amplía el tipo objetivo permitiendo que, por ejemplo, las obras derivadas (p. ej. una traducción o una adaptación (artículo 11 TRLPI))<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit. En cambio MIRO LLINARES, F. refiriéndose a esta polémica comparte la posición con TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. en el sentido que si hay una ampliación del objeto de protección típica argumentando que: "(...) la inclusión del término prestaciones también conlleva la ampliación de la tutela a otros derechos conexos, aquellos que tienen los titulares de derechos sobre los fonogramas que no incorporen obras artísticas, literarias o científicas. E incluso, al hablar de prestaciones, el Código penal amplía el ámbito de tutela penal de los intereses patrimoniales de los titulares de otros derechos que hasta el momento no habían sido protegidos penalmente. Me refiero a los derechos sobre las meras fotografías y sobre las bases de datos". MIRÓ LLINARES, FERNANDO. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal. En: Estudios sobre el código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Director. Editorial Dykinson. Madrid. 1ra edición, 2015. p. 621.

<sup>258</sup> Artículo 11. Obras derivadas. Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1º Las traducciones y adaptaciones. 2º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3º Los compendios, resúmenes y extractos. 4º Los arreglos musicales. 5º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

o las colecciones, bases de datos (artículo 12 TRLPI) reciban protección penal por parte de esta figura<sup>259</sup>.

Lo segundo, la exigencia de que cualquiera de estos posibles objetos esté recogido en un soporte o sea comunicado por algún medio, obliga a que la creación en cuestión esté materializada en algo *físico y/o perceptible*, para otorgarle protección penal, lo que no pude llevarnos, pese a todo, a olvidar que el objeto material es la obra o *corpus mysticum* y no en el soporte en que ésta se encuentra materializada -*corpus mechanicum*-<sup>260</sup>

### 2.1.2.3. Las conductas típicas

El delito ahora analizado castiga la explotación económica no autorizada de las obras o de prestaciones de las que hablamos anteriormente<sup>261</sup> y la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación por lo que cada una de estas conductas merece un análisis a continuación<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> En este sentido expresa GALÁN MUÑOZ, A.: "(...) mientras que por otra parte y además, convierte a las tradicionales modalidades comisivas que aparecían contempladas la anterior versión de esta figura (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar una obra de propiedad intelectual en meras formas ejemplificativas de su conducta central que pasa a ser la de la explotación económica de la propiedad intelectual ajena" GALÁN MUÑOZ, A. La reforma de los delitos contra la Propiedad Intelectual (...) op. cit. p. 588

<sup>260</sup> VALDÉS DÍAZ, Caridad Del Carmen. La donación de obras de arte a favor de instituciones públicas. Ámbito jurídico.com.br. Jornadas ámbito jurídico. 2016. TORO MEJÍA, Carolina. Estudio de la problemática existente entre las patentes de invención y las licencias obligatorias en Colombia. Universidad de los Andes. Colombia. Revista de derecho privado. Número 46. 2011. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Creación, edición y lectura en la sociedad de la información: entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura. Revista pliegos de Yuste. Número 11-12. 2010

<sup>261</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) "Artículo 17. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades. Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley"

<sup>262</sup> La reforma del Código Penal de 2015, ha ampliado el ámbito típico del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual, reestructurándose así la configuración típica de estos delitos en su aspecto objetivo y subjetivo en los artículos 270, 270.1, 270.2, 270.4, 270.5, 271. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La nueva regulación penal de la explotación económica ilícita de la propiedad intelectual", en: QUINTERO, Gonzalo (Dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, 1ª ed. España: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 585-610, p. 588-594.

#### **a. Reproducción no autorizada.**

Las regulaciones internacionales han reconocido tradicionalmente el derecho del creador a controlar y en su caso autorizar las reproducciones de sus obras, tanto si dicha reproducción se realiza de la obra completa, como si es tan solo de una parte<sup>263</sup>.

Así, por ejemplo, afirmaba el Convenio de Berna. Artículo 9. (1967): *“Los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”* También está el caso en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996): Declaración concertada respecto del Artículo 1.4 *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital”* Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna<sup>264</sup>, a su vez, el Artículo 18 del TRLPI expresa: *“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por*

---

<sup>263</sup> art. 18 LPI como el derecho a “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 7ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p. 82.

<sup>264</sup> ZAPATA LÓPEZ, Fernando. El libro: el ejercicio de los derechos exclusivos de autor en la internet. (Bogotá, D.C. 25 de abril de 2007). Diapositivas de Power Point, p. 10.

*cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*<sup>265</sup>.

La reproducción de la obra se constituye en el estadio previo para la comisión posterior de otras conductas ilícitas que puedan lesionar los derechos de explotación como podría ser la distribución o la comunicación pública.<sup>266</sup>

En tal sentido hay que recordar que *“El ataque más típico como modalidad de explotación usurpatoria a la propiedad intelectual se conoce con el nombre de piratería, que consiste en la difusión comercial de obras sin permiso del titular y sin que éste reciba derechos económicos sobre la misma (...)”*, conducta que fue definida por la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)*, en el año 1980 *“como la reproducción de obras publicadas o de fonogramas editados, a través de cualquier medio adecuado, con miras a la distribución al público y sin la correspondiente autorización, quedando perjudicados mediante semejante actividad, en lo que al fonograma se refiere, el autor de la obra, el productor mismo, e incluso el intérprete de la grabación sonora reproducida”*<sup>267</sup>.

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la expansión de Internet obliga a considerar el derecho de reproducción de cara a

---

<sup>265</sup> “El nuevo concepto de reproducción ha sido definido introduciendo matices contenidos en la Directiva 29/2001/CE, artículo 2, añadiendo la posibilidad de las reproducciones directas o indirectas, provisionales o permanentes, y completando algunas cuestiones de la misma que podrían dejar fuera de su contenido algunos actos conscientes en la fijación de partes de la obra en un soporte, supuesto típico de la reproducción” DE NOVA LABIÁN, Alberto José. Evolución de la regulación de la propiedad intelectual. op. cit., p. 161.

<sup>266</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C717 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. El concepto de conducta como elemento indispensable en la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Universidad del Norte. Barranquilla. Revista de Derecho. Número 34. 2010.

<sup>267</sup> CARMONA SALGADO, Concepción. El delito de infracción de los derechos de autor a la luz del Proyecto de Nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1986. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Nro. 12, 1987, p. 91.



las transmisiones que se hacen en la red de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual<sup>268</sup>.

En efecto, quien, tras digitalizar, escanear, o crear una obra digital realiza una carga (*upload*) de la misma en Internet o la descarga de Internet (*download*) realiza un acto de reproducción siempre y cuando la obra quede en el disco duro o en algún otro soporte físico con carácter permanente, esto es fijo, de modo que permita volver a reproducirla o difundirla, tal y como exige el art. 18 LPPI. Si es una visualización en línea o *streaming*, en realidad, no se efectúa, entonces, un acto de reproducción pues la obra visionada no queda contenida en un soporte de forma fija por parte de su receptor, ni puede volver a reproducirse o difundirse una vez que el contenido ha sido accedido.<sup>269</sup>

Por otra parte, quien ‘carga’ (*upload*) la obra destinada exclusivamente a ser visualizada en *Streaming* realiza una copia a la que cualquier persona puede acceder desde el lugar y en el momento que ella misma elija, lo que implica la “puesta a disposición interactiva”, copia que se puede considerar reproducción ya que difundir (comunicar públicamente) el contenido en cuestión. Por lo tanto, concurren varias modalidades de explotación y las personas o los proveedores que introducen contenidos protegidos por derechos de autor en Internet necesitan de la autorización de los autores o titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados, para cargar legalmente la información en la Red de redes. En efecto, el propio acto de cargar una obra en

---

<sup>268</sup> La doctrina coincide que el derecho de reproducción tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son aplicables en el entorno digital, por tanto, el almacenamiento en forma digital en soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

<sup>269</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016, pp. 229-230)

un servidor *web* tiene dos partes, su introducción en el disco duro de un servidor (reproducción) y asignación a la obra de una *URL* (puesta a disposición interactiva). Por ello, tanto la Directiva de comercio electrónico como la Directiva DASI contemplan la transmisión de obras digitales como un acto complejo que implica de forma cumulativa el ejercicio del derecho de reproducción y de comunicación pública<sup>270</sup>.

La Digital Millenium Copyright Act (conocida como DMCA) aprobada el 28 de Octubre de 1998 en los Estados Unidos de América y la Directiva europea 2001/29/CE sobre armonización de los derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información (conocida como Directiva DASI) y los Tratados de la OMPI de diciembre de 1996 (uno sobre derechos de autor y otro sobre derechos conexos), conocidos como “Tratados Internet” son los referentes normativos más importantes del inicio de la preocupación por la valoración de los derechos de propiedad intelectual en el terreno digital, preocupados por la “reproducción” valorada como “piratería digital”.

Ahora bien, el acto de reproducción solo será típico si no esta autorizado, Es importante adelantar ya, a este respecto, que el recién reformado artículo 31 del TRLPI establece los límites y excepciones para la las reproducciones provisionales propias de un proceso tecnológico: *“1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad*

---

<sup>270</sup> ESTEVE GONZALES, Lydia. Aspectos internacionales (...) op. cit. p. 95 - 105.

*consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley*” esto con la segura finalidad de hacer viable la funcionalidad de la red de redes y los determinados procedimientos tecnológicos que se cumplen prácticamente de manera automatizada para permitir su funcionamiento<sup>271</sup>. A partir de la memoria caché, como memoria de acceso rápido de una unidad central de procesamiento, permite guardar temporalmente los datos recientes de los procesados, conocidos como copias de caching, tales como páginas HTML, imágenes, archivos y objetos web, para el beneficio de descargar el servidor web o de aplicaciones de origen y reducir el tiempo requerido para entregar contenido a un cliente.

La transmisión en línea de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, obliga a conectarnos con las reglas de excepción (a las reglas de autorización general) y límites (para el titular o cesionario) como las reglas “fair use” (uso justo) de los Estados Unidos de América o las reglas del “Three Step test” (test de los tres pasos)<sup>272</sup> propio del derecho continental europeo con base al artículo 9.2: *“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en*

---

<sup>271</sup> “No puede, en consecuencia, considerarse infracción de los derechos de autor el mero ojeo o *browsing* (que es la forma normal de navegar por Internet y de acceder a las páginas *web*), ni tampoco las copias provisionales o efímeras necesarias para el propio funcionamiento de la transmisión de la información por Internet, en la medida en que no tienen un significado económico independiente. Sin embargo, la obtención de copias permanentes de los contenidos protegidos, sin autorización del autor o titulares, constituye una infracción de los derechos de autor de la que deberá responder el infractor o, en su defecto, los intermediarios, salvo que se trate de actos excepcionados” *Ibíd.* p. 98.

<sup>272</sup> La prueba de los tres pasos fue promulgada por primera vez en la revisión del Convenio de Berna, en 1967. Dispone lo siguiente: Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados **casos especiales**, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal de la obra** ni cause un **perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor** (lo resaltado en negrilla constituye cada uno de los pasos como excepción).

*determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.*

Las restricciones y excepciones, bien dentro de la doctrina del “uso justo” o de la “regla de los tres pasos” en las condiciones establecidas, así como las condiciones de la copia privada constituyen un límite o excepción para la infracción de los derechos de autor en línea de modo que no toda carga (*upload*) ni toda descarga (*download*) realizada en la red tenga la connotación de violadora de los derechos de propiedad intelectual, mucho menos desde el punto de vista penal que, además y como veremos con más detalle a continuación, tienen que cumplirse otros requisitos de orden subjetivos importantes como el beneficio económico directo o indirecto, por lo tanto reproducciones por medio de citas, o con fines investigativos y educativos o la descarga de una obra con fines exclusivamente de uso personal, no podría considerarse ni civil ni mucho menos penalmente reproachable<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> En el caso europeo la Directiva DASI armoniza por primera vez en Derecho comunitario las excepciones a los derechos de autor y derechos conexos de “forma horizontal”, dado que hasta ahora sólo se encontraban reguladas para los derechos de alquiler y préstamo y los derechos afines a través de la Directiva 92/100/CEE. El funcionamiento de las excepciones recogidas en la Directiva DASI debe ser visto bajo el prisma del art. 9.2 del Convenio de Berna (three-step test) y los Tratados de la OMPI de 1996, así “las excepciones y limitaciones contemplados en los artículos 1, 2,3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho (5.5)>”. La DASI establece una excepción obligatoria, la prevista para ciertas reproducciones provisionales y de carácter técnico, recogida en el art. 5.1 y una lista de excepciones facultativas que los Estados pueden o no introducir, recogida en el art. 5.2 y en el art. 5.3. Entre estas excepciones facultativas al derecho de reproducción se encuentran, por una parte, la controvertida copia digital privada (que, sin embargo, se encuentra prohibida para los programas de ordenador y bases de datos) en tanto que reproducción efectuada <“en cualquier soporte por una persona física para uso privado y sin fines directamente o indirectamente comerciales>”; y por otra parte, los actos de reproducción llevados a cabo por bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos. Entre las excepciones comunes al derecho de reproducción y al derecho de comunicación pública/puesta a disposición, se encuentran la ilustración con fines educativos o científicos, los trabajos, los artículos, emisiones sobre temas de actualidad económica política o religiosa o

Es evidente que el artículo 270. 1 CP protege el derecho de reproducción tanto en el formato físico como en el digital, en la medida que la obra puede “estar fijada en cualquier tipo de soporte” y “comunicada a través de cualquier medio” en este caso Internet es el medio digital de comunicación de obras online, pero no todo acto de reproducción de la obra podrá considerarse violatorio de derechos de propiedad intelectual considerando, no solo el régimen de excepciones y limitaciones,<sup>274</sup> sino también otras condiciones del tipo penal (como el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto) que se analizarán infra.

## **b. Plagio**

El plagio constituye una de las formas históricas de desconocimiento de los derechos de propiedad intelectual<sup>275</sup>, vinculados especialmente a los de la

---

información sobre acontecimientos de actualidad, el uso de las citas en ciertas condiciones (<“buen uso” de la cita, mencionando su nombre, fuente y fecha) en obras o prestaciones, comprendiendo fragmentos musicales, salvo que el uso de estos fragmentos tenga efectos comerciales, con lo que habría que pedir la correspondiente autorización, y, en fin, la utilización incidental de obras y prestaciones en otras obras, por ejemplo, en páginas web, siempre que se cumplan las condiciones del art. 5.5 de la Directiva DASI”. Ibídem. XALABARDER PLANTADA, Raquel. Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Madrid: Consejo General del Poder Judicial – Escuela Judicial. En: [http://in3.uoc.edu/opencms\\_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder\\_2003\\_InfraccionesDePropiedadIntelectual.pdf](http://in3.uoc.edu/opencms_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder_2003_InfraccionesDePropiedadIntelectual.pdf) (2002) (Ult. Vis. 23.08.2015)

<sup>274</sup> El TRLPI incluye en capítulo II, artículos 31 a 40, la serie de limitaciones y excepciones que aplican, entre otras, reproducciones provisionales y copia privada (art. 31), Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica cita e ilustración de la enseñanza (art. 32), incluso el artículo 40bis, recoge el denominado “test de los tres pasos”.

<sup>275</sup> “Se ha considerado el plagio como la <<forma ideal de desconocimiento de los derechos de autor, frente a la usurpación expropiatoria de la propiedad ajena que, como forma material de vulneración de tales derechos, se daría en el resto de las conductas comprendidas en el mismo tipo penal>> (STS de 13 de junio de 1987). El plagio representa pues la única modalidad que afecta también a los derechos morales del autor – desde el reconocimiento de la autoría, en determinados casos, al derecho a evitar la transformación de la obra (integridad) en casos de copia enmascarada, etc. -. Pero ello no significa que el legislador penal haya articulado la protección frente al plagio en clave de lesión de derechos morales: al exigirse también para el plagio el ánimo de lucro, el artículo 270 proclama a las claras que la dimensión lesiva de los derechos de explotación es la determinante: en consecuencia, no basta con la usurpación de la paternidad de la obra para incurrir en delito, es preciso que el sujeto realice, o tenga intención de realizar, conductas de explotación de la obra plagaria” BOIX REIG, Javier (Director) y

paternidad de la obra, es decir, con afectación directa de los derechos morales del autor de la obra.

Como las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación, están protegidas de manera exclusiva la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.<sup>276</sup> Consiste el plagio en un acto de apropiación parcial o total de la obra, la prestación literaria o artística o científica, que desconoce al verdadero autor haciendo aparecer otro en su lugar, por lo que el atentando va más contra la personalidad del autor que la obra misma<sup>277</sup>.

Sin embargo, y como ya anticipamos, las últimas reformas no hacen una protección directa de los derechos morales de autor sino que lo vinculan con los derechos de explotación económica de la obra, ya que, tras la reforma efectuada por la LO 1/2015, el plagio, así como el resto de conductas comisivas contempladas en el art. 270.1 CP solo se castiga como modalidad

---

LLORIA GARCÍA, Paz (Coord.). Delitos contra la propiedad la propiedad intelectual. op. cit. p. 349.

<sup>276</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. ¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal? En: <http://www.cecolda.org.co/index.php/informacion/columnista-invitado/147-es-el-plagio-una-conducta-reprimida-por-el-derecho-penal> (Ult. Vis. 24.09.2015) pp. 7 - 13.

<sup>277</sup> "En cuanto al concepto de plagio como ya tiene declarado esta Sala en resoluciones precedentes "...es jurisprudencia reiterada la de que declara que por plagio se ha de entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano. Aunque manifieste cierto ingenio, se da en las situaciones de identidad y en aquellas otras que, aunque encubiertas, descubren similitud con la creación original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común, integra el acervo cultural generalizado o está anticipado y al alcance de todos, ya que si faltan la creatividad y la originalidad, mal se pueden infringir los artículos 1 y 10 de la Ley, de ahí que el concepto de plagio haya de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (SS. del TS. de 28-1-95, 17-10-97, 23-3-99 y 23-10-01, entre otras". (Sentencia A.P. Valencia 125/2010, de 5 de mayo) En: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/193548/sentencia-ap-valencia-125-2010-de-5-de-mayo-propiedad-intelectual-plagio-concepto> (Ult. Vis. 20.08.2015)

específica de la conducta genérica de la explotación económica del contenido de propiedad intelectual, por lo que para que un plagio pueda entrar en el tipo del art. 270.1 CP tendrá que involucrar dicha clase explotación.<sup>278</sup>

Por ello, el plagio del que habla el art. 270.1 CP, como indicaba GIMBERNAT *“no es un plagio sin más, sino sólo un plagio realizado para ser explotado posteriormente”*.<sup>279</sup> Así pues, el plagio que se castiga *“es el que está destinado a una ulterior distribución o comunicación, prescindiendo de si estas dos últimas actividades se han realizado o no efectivamente”*<sup>280</sup>. Por consiguiente, un plagio que solo afecta al derecho moral, pero no (afecta ni va dirigido a afectar) al derecho de explotación no es objeto de protección penal.

Así aquellos ejemplos empleados por QUINTANO RIPOLLES relativos al *“maniático que falsificase pinturas para su propia colección, o del enamorado que, parvo de Minerva, plagiare sonetos de cualquier poeta para obsequiar a su amada no son abarcados por el tipo penal”* con lo que las *“suplantaciones o plagios, que permanezcan en la esfera exclusivamente privada, como las de mera vanidad de coleccionista o erudita, difícilmente pueden adquirir rango criminal”*<sup>281</sup>.

De este modo, y para que el plagio sea penalmente relevante, se exige, en primer término, que la obra plagiada sea *publicada*, como forma de su

---

<sup>278</sup> PUENTE ALBA, Luz María. El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual. Revista penal. Número 21. 2008. RODRÍGUEZ MORO, Luis. Tutela penal de la propiedad intelectual. Universidad da Coruña. 2009. BATUECAS CALETRÍO, Alfredo y APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. Propiedad intelectual y piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet (La llamada “ley sinde-wert”). Editor Universidad de Salamanca. 2012

<sup>279</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual. Estudios de Derecho Penal. 3ª edición. Editorial Tecnos Madrid. 1990

<sup>280</sup> Ibídem.

<sup>281</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Los delitos contra la propiedad intelectual. op. cit., p. 383.

exteriorización, pues la copia de obras para uso y regocijo privado no constituye delito al no suponer explotación económica alguna de la obra plagiada. De otra parte, la conducta incriminada ha de constituir una clara usurpación de las ideas o formas de manifestación externa de la obra del genuino creador, siendo objetivable mediante prueba de peritos<sup>282</sup>.

Puede concluirse que el plagio no es, a efectos penales, una conducta enfocada sólo a la protección del derecho moral del “autor” sino que más bien se centra en la protección económica de esta esfera de derechos por lo que un plagio que no atente contra los derechos de explotación económica de la obra no será punible. MUÑOZ CONDE ya sustentaba dicha posición, antes de la reforma, de la siguiente manera: *“En general, se puede decir que en los diversos tipos delictivos que se contienen en esta Sección 1ª se protege la propiedad intelectual en su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso concreto, como en el plagio, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística”, más,“(…) los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos y que, a diferencia de lo que sucedía en el Código Penal anterior donde se hablaba de derecho de autor, ahora se habla expresamente de “propiedad” intelectual, exigiéndose además, para que el hecho sea punible el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, haciendo recaer, pues, el acento en el aspecto patrimonial antes que en el personal”*.<sup>283</sup>

---

<sup>282</sup> ABELLÁN ALBERTOS, Antonio. Protección penal de los datos de carácter personal y de los programas informáticos. En: Tomo de Jurisprudencia 3, Ed. La Ley – Actualidad S.A., Madrid, 2003, p. 1763.

<sup>283</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho penal, parte especial, Décimo sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 482-483.



Finalmente, solo resta por decir existen dos modalidades distintas de plagio. El plagio *total* o absoluto, que consiste en la reproducción íntegra de una obra ajena como propia, y que no es demasiado frecuente en la práctica, y el llamado *plagio* parcial, o transformación más o menos acertada de una parte de una obra preexistente<sup>284</sup>.

### c. Distribución

De los derechos de explotación económica de la perspectiva patrimonial de la propiedad intelectual, el derecho de distribución, es el más intenso, económicamente hablando en cuanto que permite por la comercialización de la obra a través de su distribución la recuperación económica de lo que puede suponer la inversión en la creación de la misma<sup>285</sup>.

El Artículo 19 del TRLPI de manera básica entiende por distribución “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*”<sup>286</sup>, de modo que la obra protegida y sin autorización del titular de la

---

<sup>284</sup> También conocido como plagio ‘servil’ “la utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte, reproduciéndola de manera literal” En: GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Delitos contra los derechos de autor. Lecciones de derecho penal, parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003. p. 553.

<sup>285</sup> La distribución implica necesariamente la incorporación de la obra a un soporte físico que permita su comercialización pública a través de los medios señalados en el art. 19. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 7ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2017p. 84

<sup>286</sup> Veamos el texto completo del artículo: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. 2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial. 3. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de

misma tiene que llegar al público a efectos de configurar una conducta de distribución desde el plano objetivo.

La puesta a disposición que implica la distribución de un objeto de propiedad intelectual recogida en un soporte tangible, como modalidad de explotación económica que es, puede darse por venta, lo cual define el 19.2 TRLPI, alquiler definido en el 19.3 TRLPI y préstamo en el 19.4 TRLPI (objeto de la reciente reforma Ley 21/2014, de 4 de noviembre)<sup>287</sup>.

La distribución presenta también una exigencia cuantitativa al tener como destinatario al “público”<sup>288</sup>, esto es, a una generalidad de personas, y únicamente se concibe respecto de obras susceptibles de presentarse en

---

exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta in situ. 4. Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2. Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público. 5. Lo dispuesto en este artículo en cuanto al alquiler y al préstamo no se aplicará a los edificios ni a las obras de artes aplicadas (Se modifica el apartado 4 por el art. 1.1 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Ref. BOE-A-2014-11404.)”

<sup>287</sup> “sin excluir cualquier otra, incluyendo los actos realizados a título gratuito, como pueda ser la donación” GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales: los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. España: Ed. Tirant, 2012. p 66.

<sup>288</sup> “Por seguir un orden creciente de complejidad, comenzamos por el segundo requisito, a saber, que la obra se ponga a disposición del público. Se trata de una exigencia reductora del ámbito de lo prohibido, que por lógicas razones de articulación del injusto penal con el civil deberá comprobarse también de cara a integrar la tipicidad de la conducta. Para que se aprecie en el caso en cuestión necesario será constatar que el ofrecimiento alcanza una dimensión colectiva que supera la relación intersubjetiva de dos partes estrictamente delimitadas. Ello lleva a excluir no sólo los supuestos en que la distribución tenga como destinatario un único sujeto determinado o determinable, sino también aquellos otros en los que, aun siendo éste plural, quede acotado de manera reducida. La distribución requiere, pues, la realización de una oferta a un círculo indeterminado de personas, medio por el que la conducta adquiere el grado de potencialidad lesiva que justifica su sanción no sólo en el orden civil, sino también conforme al Código penal. GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. pp. 66 – 67

ejemplares tangibles, a diferencia de aquellas que se exhiben o comunican sin utilizar copias físicas o ejemplares del contenido afectado.

Cuando una obra se difunde entre el público sin necesidad de emplear ejemplares (copias físicas), lo que habrá será un acto de comunicación pública, no uno de distribución. Así se infiere, de hecho, de lo dispuesto en el art. 20.1 del TRLPI *“Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*.

La reproducción como tal guarda ya estrecha relación con la previa realización de un acto de reproducción, aunque normativamente integran dos conductas típicas independientes entre sí, operando normalmente la distribución sobre copias piratas o reproducidas ilegalmente.<sup>289</sup>

En el artículo 4 de la Directiva 29/2001/CE, se menciona expresamente el derecho de distribución en los siguientes términos: *“1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio. 2. El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su*

---

<sup>289</sup> “(...) Si las copias han sido obtenidas sin el beneplácito del autor, se dan conjuntamente dos conductas punibles: reproducción y distribución pública, apareciendo como un plus respecto de la primera, lo que ocasionaría la absorción de ésta, calificándose el hecho como distribución” TASENDE CALVO, Julio. Los delitos contra la propiedad intelectual (...) op. cit. pp. 625- 626. Lo expresado por este autor solo tiene sentido si el que reproduce es el que distribuye. Si son dos sujetos diferentes, cada uno responde de una conducta, el primero por reproducción y el segundo por distribución.

*consentimiento” se observa que al contrastarse con la regulación del TRPLI no se hace referencia a que la obra se encuentre incorporada en un soporte tangible, aunque si lo hace en la consideración de la directiva número 28/2001CE: “La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible”.*

#### **d. Comunicación pública.**

La comunicación pública es uno de los últimos actos de explotación económica de la obra a que se refiere expresamente el 270.1 CP de manera ejemplificativa pues ya luego añade “o de cualquier otro modo explote económicamente”, en términos del artículo 20.1 del TRLPI “1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo” y a renglón seguido en el 20.1 TRLP relaciona cuales actos corresponden a comunicación pública<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> “Especialmente, son actos de comunicación pública: a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento. b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales. c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen. d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales

Para que haya “comunicación pública” es necesario que una pluralidad de personas<sup>291</sup> tenga acceso a la obra sin que medie la previa distribución de

---

relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación. Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación. A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso. e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida. Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público. g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida. h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley. k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley”.

<sup>291</sup> Habrá público no sólo cuando existía un grupo o pluralidad de personas sin relaciones de amistad o de parentesco entre ellas y el usuario u organizador del acto de explotación, sino también cuando existía una sola persona que, teniendo acceso a la obra, o pudiendo tenerlo, no se haya autorizado al disfrute de la misma por el respectivo titular de derechos. Cobran pleno sentido entonces los conceptos de público sucesivo, desde los puntos de vista temporal o espacial; esto es, la mera sucesión en el tiempo o en el espacio de sujetos individuales a cuya disposición se pone la obra o prestación genera o crea un acto de explotación susceptible de ser prohibido por el titular de derechos. Las razones por las cuales este cambio ha tenido lugar son básicamente dos: por un lado, la facilidad de copia y replica de las obras o prestaciones originales en el entorno digitales; por otro, las nuevas formas de explotación o distribución de las obras o prestaciones. Respecto de lo primero, es algo de manifiesto en diversos estudios previos, y justificado plena y repetidamente en la directiva 2001/29, que la facilidad de la copia del original de la obra o prestación es un potencial fuente de pérdida de rendimientos económicos para el titular de derechos, máxime teniendo en cuenta que la copia obtenida es idéntica en términos de calidad a la obra original. Los avances tecnológicos han permitido que los titulares puedan explotar sus obras y prestaciones en nuevos canales de explotación; pero al mismo tiempo ha provocado que los sujetos integrantes del público, y los organizadores o usuarios de explotación, puedan replicar los originales autorizados de los soportes a los que se hayan incorporado la obra o prestación, en condiciones técnicas de idónea similitud. Respecto de lo segundo, desde mediados de los años noventa se vienen extendiendo nuevos modos de explotación de las obras y prestaciones. Sin embargo, la novedad reside no tanto en el medio material a través del cual las obras prestaciones se ponen a disposición del público, sino más bien en el modo y tiempo en el que aquellas se disfrutan por el público. El medio material es indudablemente el de la tecnología digital, ya sea a través de soportes tangibles (CDs, videos-láseres, etc.), ya sea a través de redes telemáticas en soporte intangibles. Pero el modo de puesta a disposición de la obra o prestación protegidas al público varía sustancialmente, ya que la nueva tecnología permite a cada uno de los sujetos individuales el acceso en el momento y desde el lugar en que ellos mismos decidan. De esa manera, el público puede decidir libremente disfrutar de la obra o prestaciones, siendo el acto de explotación el hecho de permitir al público de dicho acceso (de darle la posibilidad de una

los ejemplares de la obra autorizada por el titular de los derechos de explotación económica, es decir, que no está dirigida a grupos cerrados o ámbitos privados o domésticos y esto ocurre relativamente con mayor facilidad en el entorno digital, donde frecuentemente un sujeto se limita a almacenar un contenido de propiedad intelectual dejándolo accesible a todos los usuarios de la red, con lo que éste se pone a disposición del público y es comunicado públicamente .

Precisamente, con relación al derecho de puesta a disposición al público en el artículo 3 de la Directiva 29/2001/CE, se establece que *“los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. 2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento*

---

posterior posibilidad de acceso) y debiendo el sujeto final encontrarse debidamente autorizado para el goce o disfrute. Nótese no solo que el factor estructural de la decisión en poner la obra a disposición de un tercero para disfrute sigue siendo el elemento decisivo para determinar la sujeción del acto al derecho de autor. Además, en el entorno digital, el individuo que forma parte del público también debe encontrarse autorizado, ya que él decide asimismo sobre el hecho del disfrute o acceso. Por ello, el ámbito de la copia privada está mucho más restringido dependiendo del tipo de obra. A consecuencia de lo anterior se instaura el llamado derecho de puesta a disposición, consistente en la sujeción al derecho de autor de todo acto por el cual el público pueda tener acceso a la obra o prestación desde el lugar y en el momento en que decida. Este derecho de puesta a disposición se encuentra refrendado en el artículo 8 del tratado de la OMPI sobre derechos de autor, así como en los artículos 10 y 14 del tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecución y fonogramas, hechos en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, así como en el artículo 3 de la directiva sobre derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En definitiva, la falta de autorización legítima del usuario o sujetos individuales formante parte del público implica uso o acceso ilegal a la obra o prestaciones protegidas. En el ámbito digital debe concluirse que el usuario y el individuo que forma parte del público son la misma persona. EDOZAIN, José Carlos. Derechos de autor y propiedad intelectual en internet. op. cit., p. 95-99.

*que elija: a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite. 3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2”.*

En el 20.1. i) TRLPI, por su parte, considera expresamente como un acto de comunicación pública precisamente *“La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*, lo que involucra de manera específica la puesta a disposición en internet<sup>292</sup> y dicha comunicación debe permitir el acceso a la obra que sería el

---

<sup>292</sup>“Como una manifestación de la conducta de comunicación pública se contempla desde la reforma de la LPI del año 2006 la consistente en la puesta a disposición de la obra al público en Internet. Según tuvimos ya ocasión de destacar, el derecho a la puesta a disposición se encuentra acuñado en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, siendo su finalidad la de proteger la conocida como comunicación interactiva. En concreto, conforme a la letra i) del apartado segundo del art. 20 LPI, son, en especial, actos de comunicación pública (...) “La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija” GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit. p. 69. En el mismo Sentido GALÁN MUÑOZ, A.: Estos actos se dan, no cuando no se emite o difunde de forma general el contenido u obra en cuestión a sus destinatarios, sino cuando éste se aloja, por ejemplo, en un servidor de Internet o de un servicio de satélite o cable, que permita a sus usuarios acceder a tal contenido a voluntad. Se trata, como fácilmente se podrá comprender, de la actividad que realizan los cada vez más habituales servicios interactivos “a la carta” o “a petición”, cuya inclusión en el concepto de comunicación pública, realizada por la referida reforma, llevó a que conductas tales como las de mero ofrecimiento de la posibilidad de descarga directa o de visualización a petición de obras musicales o cinematográficas en Internet mediante sistema de audición o visionado en tiempo real o *streaming*, pasasen a ser consideradas como típicas de este delito en caso de que concurriesen en su realización el resto de elementos exigidos por el mismo. Pese a ello,

momento en el que efectivamente se consuma la modalidad castigada por el delito ahora analizado, esto es el momento que la obra queda accesible al público.

Resulta interesante destacar en este momento, que en la práctica judicial española un importante conjunto de sentencias ha abordado las consecuencias de que obras musicales hayan sido puestas a disposición de terceros a través de Internet bajo licencias *creative commons*. Las sentencias aceptan de manera expresa o implícita este tipo de licencias y la decisión de los titulares de excluir las obras licenciadas del repertorio de una entidad de gestión<sup>293</sup>.

---

todavía existían otras actuaciones, frecuentemente realizadas en la red, cuya inclusión en la comentada modalidad comisiva, seguía siendo objeto de una viva polémica tanto doctrinal como jurisprudencial. Se trataba de las que realizaban aquellos sujetos que, sin suministrar la descarga ni la visualización de la obra o contenido protegido por los derechos de propiedad intelectual ajenos, ni permitir su directa visualización, indicaban dónde se podrían encontrar dichos contenidos en Internet, al proporcionar los enlaces que indican dónde estaban almacenados y disponibles; conductas que dieron lugar a resoluciones judiciales contradictorias que, o bien consideraban que su realización no sería constitutiva por sí misma de una comunicación pública, por más ayudasen a difundir la realizada por un tercero (p. ej. auto de la AP de Barcelona, de 11 de noviembre de 2009 (JUR\2010\44802) o el Auto de la AP de León de 13 de enero de 2014 (ARP 2014, 22)); o, por el contrario, se decantaban por entender que dicha actividad era perfectamente incardinable en el concepto de comunicación pública, precisamente, por considerar que su ejecución ponía a disposición de sus destinatarios las obras enlazadas (p. ej. STAP Castellón de 12 noviembre de 2014, (ARP\2014\1545). Muy posiblemente haya sido esta controversia y la complejidad de todos los factores que han de incidir en la concreta valoración de las actuaciones realizadas por estos proveedores, la que ha llevado a que el legislador haya decidido regularlas específicamente mediante la introducción del nuevo delito contenido en el artículo 270.2 CP. GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit

<sup>293</sup> Los tribunales españoles, por su parte, se han pronunciado a favor de la validez de las licencias CC. En: El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos, en sentencia de 14 Febrero 2008, se pronunció en términos similares. Las Licencias Creative Commons se recogen asimismo en sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (25 Mayo 2010); del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (10 Julio 2006); y -hasta la fecha- veintiocho sentencias judiciales de las Audiencias Provinciales de A Coruña (Sección 4ª: 11/12/2008, 06/10/2009, 17/03/2010), Alicante (Sección 8ª: 16/01/2007, 21/03/2007), Asturias (Sección 1ª: 04/06/2007, 06/05/2010), Badajoz (Sección 3ª: 07/09/2007), Burgos (Sección 3ª: 31/10/2008), Cáceres (Sección 1ª: 28/04/2008, 05/02/2010), Granada (Sección 3ª: 10/10/2008), León (Sección 1ª: 22/07/2009, 26/11/2009), Madrid (Sección 28ª: 05/07/2007, 21/02/2008, 08/05/2008, 13/03/2009, 30/03/2009, 22/03/2010, 18/06/2010), Pontevedra (Sección 1ª: 29/11/2005, 25/02/2008, 31/07/2008, 18/12/2008, 09/07/2009), Tarragona (Sección 1ª:



Otros procedimientos referidos a los actos de comunicación pública se han iniciado, sin embargo, por demanda interpuesta por una entidad de gestión, generalmente SGAE, a un establecimiento por comunicar públicamente música de su repertorio. La entidad reclama un pago en concepto de tasa por utilizar música de autores de su repertorio. Así, por ejemplo, en sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 6 de junio de 2008 declaró probado que la música que se utiliza en el local, si bien es obra de un empleado, bien se descarga de Internet de autores que autorizan el acceso libre, evitándose utilizar el repertorio de la SGAE, lo que le llevó a considerar <<en el establecimiento sólo se escucha este tipo de música libre, es decir, las obras conocidas como <<copyleft>> - en contraposición al <<copyright>>, lo que permitiría su libre reproducción y explotación, incluso cuando se utilice Internet como medio de distribución o transmisión>>”.<sup>294</sup>

No nos extendemos en este punto en la medida que las consideraciones frente a la comunicación pública en Internet, tendrán que hacerse de cara a la valoración del nuevo tipo penal del 270-2 CP.

#### **e. Demás actos de explotación económica**

El nuevo 270. 1 CP incluye una expresión que puede ampliar la comprensión de las conductas típicas protegidas pues a las de reproducción,

---

19/11/2009) y Zaragoza (Sección 5ª: 10/04/2008). Todas ellas reconocen y aceptan la validez de las Licencias Creative Commons.

<sup>294</sup> DEL ARCO BLANCO, Ana. La protección civil de los derechos de autor en el entorno digital. En: Grupo de trabajo Derecho, Ciencia, Tecnología e Innovación. Ed. Comares, Granada, pp. 186-187.

plagio, distribución y comunicación pública, agrega al indeterminada fórmula de *“o de cualquier otro modo explote económicamente”* lo que llevó a MIRO

LLINARES a hablar de *“la nueva conducta típica de “cualquier otra forma de explotación”*<sup>295</sup>

Bajo esta misma comprensión TOMAS- VALIENTE LANUZA manifiesta: *“La opción por ampliar la protección penal de la propiedad intelectual con esta reforma se pone de manifiesto ya en el tipo básico del art. 270.1, en la medida en que el catálogo de conductas típicas allí contempladas pierde su carácter cerrado: la anterior descripción del comportamiento punible en los exclusivos términos de «reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente» pasa a completarse con un omnicomprensivo «o de cualquier otro modo explote económicamente», de tal suerte que pasa a ingresar en el ámbito típico cualquier conducta susceptible de valorarse como explotación económica de la obra o prestación, encaje o no en las modalidades específicamente mencionadas”,*<sup>296</sup> al punto de considerar que el legislador lo que ha hecho con esta reforma y en específico con dicha expresión abierta respecto de la tipicidad, es que permitir que a futuro se incluyan en el tipo cualquier manifestación de explotación económica por conocer que se sucedan con los inagotables avances tecnológicos en esta materia.

Sin embargo, tal postura tan amplia, resulta perjudicial para los intereses de la exigible limitación segura y cierta del tipo penal objetivo hasta tal punto

---

<sup>295</sup> MIRÓ LLINARES, F. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación (...) op. cit. p. 624

<sup>296</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (...) op. cit. p. 5

que puede ser incompatible con otros principios límites del Derecho penal, como el de legalidad mismo. Por ello, compartimos la posición del profesor GALÁN MUÑOZ, cuando rechaza la comendada postura “...por dos razones fundamentales. La primera porque aceptarla determinaría a que la inclusión de esta nueva modalidad comisiva desdibujase los contornos de las conductas típicas de este delito hasta hacerlos difícilmente compatibles con las exigencias de claridad y taxatividad penal que se derivan del principio de legalidad. Pero la segunda y fundamental, se derivaría del hecho de que, en caso de admitirla, ello llevaría a que el Código penal español prohibiese y sancionase conductas y actividades explotadoras que todavía no habrían sido definidas, reguladas ni armonizadas por la UE, prohibiendo así nuestra legislación actividades que podrían ser perfectamente legales en otros de los Estados de la Unión, algo que, como ha afirmado expresamente el TUEJ, los Estados miembros no pueden hacer por sí solos, por más que lo hagan con la encomiable finalidad de proteger más ampliamente los derechos de propiedad intelectual de lo que ya lo hacen las normas comunitarias, ya que supondría una ilegítima limitación estatal del mercado interior comunitario con respeto a la posible prestación de los servicios afectados (Véase a este respecto, por ejemplo, lo afirmado en la STEJ de 13 febrero 2014, Caso Svensson y otros (TJCE\2014\52))”.<sup>297</sup>

La reforma de la Ley 1/2015 , al consagrar en la descripción de las conductas típicas contra la propiedad intelectual, la cláusula: “o de cualquier otro modo que explote económicamente”, introduce una fórmula abierta aparentemente que da cierta discrecionalidad a los tribunales, en cuanto les

---

<sup>297</sup> GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit.

permite valorar como típicas conductas no reconducibles a las modalidades expresamente contempladas en el delito del artículo 270 CP pero cuya afectación a los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva puede considerarse equivalente a la de las conductas ya previstas en aquel precepto <sup>298</sup>y, decimos, aparentemente, porque en todo caso es una clausula limitada a lo que el Derecho europeo califique como explotación económica prohibida. Quizás la pretensión del legislador con esta nueva forma de tipificación fue, como pretendían algunos, que los jueces pudiesen sancionar todas aquellas modalidades de explotación que existan o que surjan en el futuro aunque no estén mencionadas en el texto legal, junto a las concretas formas de reproducción distribución, comunicación, pero, por las razones anteriormente vistas, dicha cláusula solo podrá aplicarse las que están reguladas y prohibidas civilmente, pese a no aparecer mencionadas de forma expresa en el art. 270.1 CP, como sucederá, por ejemplo, con las transformaciones. El resto, por muy lesivas que puedan ser, permanecerán, por tanto, en el ámbito de la más absoluta atipicidad.

### **2.1.2.3. Elementos objetivos comunes a todas las modalidades comisivas.**

Consideramos elementos objetivos comunes a todas las modalidades comisivas del delito del art. 270.1 CP, la exigencia de actuar en perjuicio de un

---

<sup>298</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. Delitos contra los bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal. En *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (Director). ed., DYKINSON, 2015. pp. 613-658, p. 624.

tercero y que se cometan sin la autorización del titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

Analicemos ahora cada elemento por separado comenzando por este último.

#### **a. Ausencia de autorización del titular**

La ausencia de autorización del titular es un requisito objetivo de tipicidad para las modalidades delictivas relativas a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, a su vez, un elemento normativo del tipo objetivo<sup>299</sup> que requiere valoración a partir de los criterios del TRLPI porque allí estarán las condiciones para la extensión de la autorización y, por ejemplo, quien puede autorizarlas porque se entiende titular de la misma, tanto en las obras individuales, es decir, con un único autor como en las obras colectivas y en colaboración tendría que atenerse muy bien a los criterios de la TRLPI.

El autor, titular inicial de los derechos económicos de explotación, es quien puede cederlos, determinando así la atipicidad de la conducta de explotación realizada por tercero lo que, sin duda, acredita la naturaleza netamente patrimonial individual de este delito (si fuera socioeconómico ningún consentimiento individual podría excluir la existencia del delito)<sup>300</sup>. La TRLPI es la norma que define las formas que permitirán tener por válido dicho consentimiento o autorización del tercero, a permitir, como mantiene, por

---

<sup>299</sup> “Tampoco son normas penales completas las llamadas normas penales en blanco, que son las que configuran su supuesto de hecho, total o parcialmente, por remisión a disposiciones de otras ramas del ordenamiento jurídico, exigiendo la infracción de esta normativa extrapenal” En: Muñoz Conde Francisco, López Peregrín Carmen y García Álvarez Pastora. Manual de derecho penal medio ambiental. Valencia. Editorial. Tirant Lo Blanch. 2013. Pág. 30

<sup>300</sup> GALAN MUÑOZ, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En GALAN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual de derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. p. 107

ejemplo, GÓMEZ RIVERO, que su eficacia no se condicione a la forma en que se emita, pudiendo ser, por ello, expreso o tácito pero sí que dicha autorización sea emitida por el autor o cesionario que tenga las facultades para ello.<sup>301</sup>

En este punto, y como ya vimos, somos de la opinión con relación al sujeto que puede emitir el consentimiento, que, en todo caso, las dificultades y las controversias que se susciten en la administración de las obras colectivas, en colaboración o producto de una relación laboral, para definir quién es el titular o cesionario facultado para otorgar dicha autorización que convertiría atípica una posible conducta penal, tendrá que ser valorada por el juez penal, quien deberá decidir dicha cuestión como prejudicial antes de valorar si se está en presencia de una conducta penal o no<sup>302</sup>.

Éste es quizás el elemento de una verdadera naturaleza objetiva frente al tipo penal, al punto que la existencia de la autorización desnaturaliza la conducta penal, pero al mismo tiempo las controversias sobre la existencia expresa o tácita de la autorización por un determinado titular o cesionario deberían también relegarse al orden civil, obviamente esta condición no podrá

---

<sup>301</sup> GÓMEZ RIVERO, M. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales (...) op. cit pp.26-27. GALÁN MUÑOZ, ALFONSO. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. Revista penal. Número 24. 2009. Pág. 96. SIMÓN ALTALBA, Marc. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos. Número 2. 2014. Pág. 206. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "El tipo básico del delito contra la propiedad intelectual (art. 270.1 CP)", en: QUINTERO, Gonzalo (Dir.); MORALES, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español, t. II*, España: Ed. Aranzadi, 2016, pp.220-261, p. 233-234. GALÁN MUÑOZ, Alfonso, "La nueva regulación penal de las conductas favorecedoras de las infracciones contra la propiedad intelectual", en: QUINTERO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015, 1ª ed.*, España: Ed. Aranzadi, 2015, pp.585-610, p. 593

<sup>302</sup> Las restricciones del derecho de autor pueden proceder también de infracciones de otros derechos de autor, como es el caso del coautor que no respeta el régimen de las obras en colaboración (art. 7 LPI), o de las obras colectivas (art. 8LPI), o del autor de obras derivadas que no respeta el derecho del autor sobre la obra originaria (arts. 9, 11 y 21 LPI). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 7ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p. 61

privilegiar a ningún cesionario que amparado en un determinado derecho de explotación económica de la obra, ejerza derechos no autorizados conforme el contrato de cesión establecido entre las partes, por lo que si va más allá de lo permitido conforme al contrato y cumple los demás requisitos típicos podría llegar a responder penalmente.<sup>303</sup>

#### **b. En perjuicio de un tercero**

A juicio de algunos, como por ejemplo MIRO LLINARES<sup>304</sup>, la expresión “en perjuicio de un tercero” introduce un elemento subjetivo del injusto en el delito ahora analizado; postura que no podemos compartir porque una vez que la conducta objetiva de este delito exige que la misma sea una explotación económica no autorizada, resulta evidente que quien la comete habrá de hacerlo sabiendo que iba a afectar al patrimonio del legítimo titular, con lo que la expresa exigencia de este supuesto ánimo especial de lesionar los intereses de tal sujeto no vendría a añadir nada más a lo que sería el dolo del autor, convirtiéndose así la exigencia de dicho elemento típico en irrelevante y carente de sentido<sup>305</sup>.

Habría que entender, por tanto, que este elemento delimita el tipo objetivo del delito ahora analizado.

---

<sup>303</sup> PUENTE ALBA, Luz María. Op. Cit. MAHÚ BAEZ, Jorge. Ilícitos civiles y penales en materia de derechos de autor. Medidas cautelares. En: [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_1/Illicitos%20civiles%20y%20penales.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Illicitos%20civiles%20y%20penales.pdf) (Ult. Vis. 13.03.2013) PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Universidad del Norte. Barranquilla. 2010. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. Responsabilidad intelectual digital: Responsabilidad penal. Revista 28 Derecho y Criminología 81. 2007

<sup>304</sup> Vid. MIRO LLINARES. La protección penal (...) op. cit., 336 y ss.

<sup>305</sup> GALAN MUÑOZ, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En GALAN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual de derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.110.

En tal sentido, y a juicio de GÓNZALEZ CUSSAC, sería el elemento que delimitaría la concreta afección que se debe dar del bien jurídico protegido para apreciar este delito. En concreto, considera el referido autor que dicho *“bien jurídico se lesiona o se pone en peligro en función de la conducta típica que se realice. Se lesiona, cuando la acción de explotación afecta a la expectativa de ganancia, lo que sucede en las conductas que implican actos de comercio, como son las de distribución o comunicación pública; en cambio se pone simplemente en peligro, cuando todavía no hay actos de comercio, como acontece en las de reproducción o almacenamiento.”*<sup>306</sup>

Entender la exigencia de “en perjuicio de un tercero”<sup>307</sup> como elemento objetivo de tipicidad implica que haya que comprobar que, a consecuencia de la conducta, se ha lesionado el bien jurídico protegido o la conducta

---

<sup>306</sup> En: GÓNZALEZ CUSSAC, José Luis (coord.) Derecho penal parte Especial. 5ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Pág. 456. En el mismo sentido: Una figura que, si bien contempla y castiga como delito consumado conductas cuya mera realización producirá la pérdida del lucro cesante que le habría de corresponder al titular de los derechos violados por su ejecución, generándole un perjuicio (p. ej. la reproducción), también contiene otras, como la de distribución o la comunicación pública, cuya comisión, pese a completar su injusto, no generará un lucro cesante a su sujeto pasivo, ni consecuentemente le producirá una verdadera pérdida patrimonial efectiva hasta que no se llegue a materializar en la posterior adquisición no autorizada del producto por parte de su destinatario; conducta esta última que se mantiene al margen de su tipo de injusto, haciendo así que no se pueda siempre considerar a este delito como una verdadera figura de lesión patrimonial (...)” En: GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) Op. Cit. p. 235

<sup>307</sup> PALMA HERRERA, José Manuel, expresa que el **elemento subjetivo** defendido por autores como MIRÓ LINARES, F. del injusto conduce a un tipo de mayor dificultad aplicativa que difícilmente permitiría una sentencia condenatoria, porque raramente quien pone a disposición de otros usuarios de una red de intercambio de archivos obras protegidas por derechos de autor, llevará a cabo una u otra conducta para causar un perjuicio a quienes resulten ser titulares de los derechos de explotación de la obra. Respecto al **elemento objetivo** defendido por GONZÁLEZ RUS, basta decir que los comportamientos que recoge el art. 270.1 es por sí mismo y de manera objetiva, lesivo para los derechos inherentes a la propiedad intelectual, los cuales sólo deben de quedar en manos del titular originario o de sus cesionarios. PALMA HERREA, José Manuel. Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal, En: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. 1ª ed. Tirant lo Blanch, p. 679. MIRÓ LLINARES, F; La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, Dykinson 2003, p. 349. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual, en AAVV; *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López Granada*, 1999



desplegada es idónea para el mismo efecto de lesión<sup>308</sup>, será fácil de deducir en los casos que se presente el perjuicio identificable económicamente y de manera efectiva y más compleja en aquellos casos que no es objetivable la lesión a partir de los perjuicios efectivos, pero si del grado de lesión de la conducta para el bien protegido.<sup>309</sup>

Por su parte, GALAN MUÑOZ<sup>310</sup>, señala que, en realidad, el referido elemento típico objetivo no puede variar de contenido atendiendo a la concreta modalidad comisiva a la que esté referido y por ello, afirma que lo que vendría a hacer en todos los casos es a exigir que la conducta realizada presente una *verdadera aptitud o idoneidad lesiva* de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido.

Esta última postura es la que nos parece más acertada, lo que nos lleva a entender, que partiendo de una perspectiva eminentemente patrimonial, con la que se protegen los derechos de propiedad intelectual desde el instrumento penal, lo lógico es considerar que dicha aptitud o idoneidad lesiva implica la

---

<sup>308</sup> “La expresión «en perjuicio» es un elemento objetivo del tipo, que en las modalidades que no conllevan la lesión del bien jurídico posee la misión de subrayar el (necesario) peligro que ha de existir para el bien jurídico.” En: GÓNZALES CUSSAC, José Luis (coord.) Derecho penal parte Especial. 5ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Pág. 456

<sup>309</sup> GIL GIL, Alicia y MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos. Op. Cit. ROJAS A., Luis Emilio. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. Revista de derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso. 2011. Número 37. Págs. 415-434. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Sentencia del treinta de abril de 2008. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.

<sup>310</sup> GALÁN MUÑOZ, ALFONSO. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) Op. Cit. p. 235 en este mismo sentido: “Por consiguiente, la locución prepositiva “en perjuicio de tercero” ha de ser entendida desde una perspectiva subjetiva como el actuar con el ánimo o el fin de perjudicar a terceros. Y en el caso de que estimáramos que la expresión ha de vincularse con la parte objetiva del tipo penal, ha de ser interpretada como la idoneidad o aptitud de la conducta para perjudicar un tercero, pero sin exigir para aplicar el tipo penal que llegue a perjudicarlo, pues ello convertiría lo que es un tipo penal de mera actividad en otro de resultado material o tangible. El tipo debe, pues, ser interpretado en clave de riesgo para el bien jurídico, descartándose la exigencia de un resultado lesivo” En: Revista de Derecho Penal Septiembre 2009, Nro. 28 Ed. Lex Nova. SENTENCIA 38/2009, AP MADRID, SECC.15ª DE 3 DE FEBRERO DE 2009. PONENTE LLMO. SR. D. ALBERTO JORGE BARREIRO.

posibilidad que se verifique el resultado, pero que el mismo no es condición para que determinada conducta pueda considerarse como típica.

Finalmente, señalar que con la expresión “en perjuicio **de tercero**” la norma alude al titular y cesionario de los derechos de propiedad intelectual que son los únicos que a su vez podrían, como ya señalamos, válidamente autorizar la explotación de la obra en sus diferentes modalidades, convirtiendo esa conducta en típicamente irrelevante.

#### **2.1.2.4. El tipo subjetivo**

##### **a. Dolo**

El hecho de que el delito ahora analizado exija el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto aunado a que el Artículo 12 del código penal español prevea que: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”* y que el delito ahora analizado no prevea dicha posibilidad no dejan lugar a dudas de que nos encontramos frente a un tipo de delito que solo admite la modalidad dolosa y no la modalidad imprudente del delito<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> “Tradicionalmente y a partir de la reforma del Código Penal de 1963, que introdujo el término <<intencionalmente, la doctrina y la jurisprudencia eran coincidentes en requerir la presencia de un dolo directo específico, caracterizado por el ánimo defraudatorio y el propósito de vulnerar los derechos de autor. Actualmente se ha impuesto la idea de que estamos ante un dolo genérico, integrado por la conciencia y la voluntad de realizar las conductas descritas en el tipo penal. También se ha destacado la necesidad de que concurra en el dolo la conciencia de la ajenidad de la obra, de manera que el autor del delito sepa o haya podido saber que la obra sobre la que plasma su actuación ilícita no es suya, aunque no sepa de quién es en realidad, no siendo este requisito otra cosa que una mera consecuencia natural del elemento negativo del tipo referido a la falta de autorización del titular, que ha de ser abarcado por el dolo del sujeto, para lo cual debe conocer que la obra no es suya”. TASENDE CALVO, Julio. Los delitos contra la propiedad intelectual (...) op. cit. p. 630.

El dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizarlos. Dentro del mismo, en lo que se refiere a este delito, se comprende la conciencia de la ajenidad de la obra o prestación explotada, en el sentido de que al autor de su explotación le consta que el derecho empleado no es propio y que no tiene derechos sobre el mismo, aunque desconozca quién es el titular de los derechos que usurpa.<sup>312</sup>

El dolo requiere también la conciencia de que la acción típica lesiona sin autorización alguna un derecho de autor ajeno. En definitiva, que supone la lesión consciente de los derechos de autor, el ánimo defraudatorio de atentar contra los derechos de propiedad intelectual ajenos<sup>313</sup>.

La conducta también es dolosa, con dolo eventual, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. *“En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo sigue actuando, admitiendo su eventual realización”*<sup>314</sup>. La finalidad del sujeto que actúa con

---

<sup>312</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Op. Cit. PEÑA VALENCIA, Juliana. Legislación aplicable a las conductas delictivas en Internet. 2012. En <http://hdl.handle.net/10819/737> (Ult. Vis.13.03.2013) GONZÁLEZ DE CHAVES CALAMITA, María Eugenia. Revista anales de la facultad de derecho. Universidad de la Laguna. 2004. Número 21. Págs. 45-66. GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. Fraude informático y estafa: aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos. Ministerio de justicia. 1991

<sup>313</sup> Este criterio, que en cierta medida se corresponde con la línea jurisprudencial que venía exigiendo una especial conciencia de defraudación, y que fue criticada por la doctrina, resulta imprescindible para marcar la frontera entre el ámbito del ilícito civil, que deber quedar reservada a los meros incumplimientos contractuales, y el campo penal. Tal interpretación se ha visto reforzada, además, por la exigencia de ánimo de lucro y el <<en perjuicio de tercero>>, elementos que han de concurrir necesariamente de consumo y cuya confluencia inevitablemente se traduce en la exigencia de que el dolo suponga algo más que la aséptica conciencia y voluntad de los elementos del tipo y de la ausencia de autorización, para incluir también la intención de defraudar derechos de propiedad intelectual ajenos. GONZALES RUS, Juan José. Comentarios al Código Penal. – Art. 270. En: Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 727. EDERSA: Madrid, 1999, p. 936.

<sup>314</sup> Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 4ta edición. Tirant lo Blanch, Valencia. 2007.

dolo eventual no es producir el resultado<sup>315</sup>, pero reconoce la posibilidad de que éste se produzca y no obstante sigue actuando. No podría predicarse ello de estos delitos contra la propiedad intelectual, en los que la finalidad del sujeto, como veremos a continuación, ha de ser la de llegar a obtener el beneficio económico directo o indirecto que persigue con su conducta, con lo que, a nuestro modo de ver, su actuar ha de ser decididamente doloso, intencional<sup>316</sup> y no degradado a los terrenos del dolo eventual.<sup>317</sup> Es decir, que la persecución del beneficio económico por parte del sujeto activo en este delito excluye el dolo eventual referido al resto de elementos del tipo objetivo.

---

<sup>315</sup> Respecto a este punto de la consideración del dolo eventual como delito de lesión o de peligro, GÓMEZ TOMILLO, M.: Expresa que para la configuración de: “los delitos alojados en el art 270 CP español solo se exigirá que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno, y si está ausente tal potencialidad lesiva se excluirá la tipicidad. GÓMEZ TOMILLO, M. “*Responsabilidad*”, cit. nota n° 345, p. 221. También es dable aclarar, de acuerdo con GÓMEZ RIVERO, M. que es posible admitir que se configure el dolo eventual en las conductas contempladas en el apartado primero del art. 270 CP, como el caso de quien actúa impulsado por la consecución de un fin lucrativo y se limite a aceptar con indiferencia que la conducta recaiga sobre objetos protegidos por el DPI; pero frente al apartado segundo del mismo artículo relativo a la exportación, almacenamiento o importación de las obras, producciones o ejecuciones protegidas por los derechos de autor, no hay posibilidad de que se aprecie su comisión con dolo eventual porque el legislador ha incorporado la exigencia de que el sujeto activo obre intencionalmente, por lo que frente a estas conductas no hay castigos por imprudencia. GÓMEZ RIVERO, M. “*La tutela*”, cit. nota n° 329, p 52. Vid. Díaz Pita, María del Mar. El Dolo Eventual. Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

<sup>316</sup> “Tras la reforma de 1963 los delitos relativos a la propiedad intelectual quedaron perfilados comportamientos que sólo resultaban típicos cuando su comisión se llevara a cabo intencionadamente. De hecho, y al utilizarse la fórmula penal en blanco “*infringiere intencionadamente los derechos del autor*”, la única nota que, formalmente, diferenciaba la ilicitud civil de la realización del tipo penal era la intencionalidad en la acción del sujeto activo” DE NOVA LABIÁN, Alberto José. Evolución de la regulación de la propiedad intelectual. op. cit., p. 195 – 196.

<sup>317</sup> DÍAZ PITA, María Del Mar. El dolo eventual. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=126354> 1994. (Ult. Vis. 13.03.2013) BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Política criminal y dolo eventual. Revista jurídica de Catalunya. Vol. 83. Número 2. 1984. Págs. 309-328. VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO. Vademécum de derecho penal. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014. DIAZ CORTÉS, Lina Mariola. DELITO, PENA, POLÍTICA CRIMINAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LAS MODERNAS CIENCIAS PENALES: Memorias II Congreso Internacional de Jóvenes investigadores en Ciencias Penales. 2011. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando y WOLFFHÜGEL GUTIERREZ, Christian. La diferencia entre dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Revista cuadernos de derecho penal. Número 6. 2011.

En los términos del 270.1 CP la presencia de la búsqueda o persecución del beneficio económico directo o indirecto como elemento subjetivo por excelencia de este tipo de conductas no permite la posible contradicción de perseguir el beneficio económico sin voluntad de lesión a terceros o dejando éste último librado al azar, cuando precisamente el ánimo de beneficiarse con una obra o prestación ajena es el punto nodal de la realización de la conducta defraudadora de los derechos de propiedad intelectual, elementos que deberán ser analizados por separado.

Quien busca enriquecerse explotando una obra sabe que no es suyo y que sabe no está autorizado a explotar, necesariamente habrá de saber que al hacerlo estará privando del derecho de explotación a su legítimo titular, con lo que actúa y siempre habrá de actuar con un verdadero dolo directo de lesionar

#### **b. Elemento subjetivo del injusto: El ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto**

La expresión ánimo de lucro que venía siendo utilizada en las descripciones típicas anteriores y que le han dado sello de un delito contra el patrimonio económico desde el código penal de 1995, ha sido reemplazada tras la reforma de la LO 1/2015 por la expresión “*ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”<sup>318</sup>

---

<sup>318</sup> En este sentido coincide la Doctrina que se ha escrito recientemente respecto a la redacción del nuevo tipo penal 270-1 conforme la reforma, así: GALAN MUÑOZ, A. La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. En: Comentario a la reforma penal de 2015. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) Ed. Aranzadi, Madrid, 2015.; GOMEZ RIVERO, María Del Carmen. Novedades de la reforma del código penal en materia de propiedad intelectual e industrial. Revista general de Derecho Penal Nro. 21, 2014; MIRÓ LLINARES, Fernando. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal. En: Estudios sobre el código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. Morillas Cueva, Lorenzo. Director. Editorial Dykinson. Madrid. 1ra edición, 2015; MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal Parte

Esta expresión introduce un elemento subjetivo del injusto en este delito que, por una parte, hace que el mismo solo se pueda aplicar a quien actúe buscando o persiguiendo alguna de las finalidades mencionadas en el tipo de este delito y que, por otra, convierte a esta figura en un delito de resultado cortado que se comprenderá plenamente consumada, aun cuando su autor no llegue a alcanzar objetivamente la finalidad que habría de perseguir al realizado<sup>319</sup>.

Antes de la reforma de 2015, solo se castigaba el ánimo de lucro lo que determinaba que no se castigasen aquellos actos en los que el sujeto simplemente se ahorra el coste del producto o se enriquecía, no por la incorporación de la propiedad intelectual a su patrimonio, sino porque su uso le permitía obtener otros beneficios, derivados, por ejemplo de la publicidad.

En las reformas previas se tenía como único elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro, entendido éste como la búsqueda del enriquecimiento directamente derivado de la explotación de la obra sin el consentimiento del autor o sus cesionarios, asuntos como cobrar por ejemplares de la obra, por comunicación de la obra o prestación, entre otros<sup>320</sup>.

---

especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo/ disponible en: <http://0biblioteca.tirant.com.athenea.upo.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491190592> (Ult. Vis. 12.10.2015); TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) En: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Coordinadores: GÓRRIZ ROYO, Elena; MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Documento TOL5.009.915 En: file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL\_5009915\_es.pdf (Ult. Vis. 15.10.2015)

<sup>319</sup> GALAN MUÑOZ, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En GALAN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual de derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 111

<sup>320</sup> Vid. Puente Alba, Luz María. El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual. En: Revista Penal Nro. 28 Enero 2008 pp. 103-112

La inclusión del elemento “*ánimo de lucro*”, en reforma de la Ley Orgánica 15/2003, supuso una gran novedad y llevó a que la Fiscalía General de la Nación se pronunciara sobre la comprensión de este nuevo concepto, según la Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial afirmando: *“En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre, y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión 36 por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial)”*<sup>321</sup>

El ánimo de lucro entendido así bajo dicha perspectiva de lucro comercial llevó a que se calificaran como conductas atípicas aquellas en las que no se podía deducir ventajas o beneficios de carácter comercial que

---

<sup>321</sup> Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo, p. 34-35 En: [http://aui.es/IMG/pdf\\_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf](http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf) (Ult. Vis. 20.08.2015)

implicaran un beneficio económico asimilable al lucro, como sería cobrar una cuota de dinero por el acceso a la obra protegida (esto en cuanto a las conductas en línea).<sup>322</sup>

En realidad, la jurisprudencia con relación a la valoración del elemento ‘ánimo de lucro’ no fue pacífica entre quienes valoraban un verdadero ánimo comercial y quienes interpretaban otro tipo de beneficios como cumplimiento de este requisito. De alguna manera en la jurisprudencia fueron influyendo otras elucubraciones precisamente cuando se refería a vulneraciones *online* de los derechos de propiedad intelectual y en los que, por ejemplo, de la actividad de enlazar contenidos no se advertía una cuota de cobro directo que beneficiara a quien propiciara los enlaces argumentando entonces, que el ánimo de lucro podía generar un beneficio directo por “el cobro de tasas” o un beneficio indirecto, por los ingresos que se percibían por publicidad al aumentar el número de visitas de la determinada página que enlazaba a contenidos violatorios de los derechos de propiedad intelectual<sup>323</sup>.

Por ello bajo la actual reforma se expresa en la exposición de motivos que se abandona la doctrina del “ánimo de lucro”<sup>324</sup> y se amplía el mismo en los elementos de beneficio económico que directo o indirecto para la constatación del tipo subjetivo del 270- 1 CP, ampliando el ámbito típico como se explica a continuación.

---

<sup>322</sup> Caso paradigmático en este sentido es la Sentencia 9 de Marzo 2010, Núm. 67/2010. Juzgado de lo mercantil de Barcelona, Núm. 7 (Jur 2010/90760) Procedimiento 261/09, Ponente Dr. D. Raúl Nicolás García Orejudo.

<sup>323</sup> Vid. Palma Herrera, José Manuel. Las redes P2P de Intercambio desde la perspectiva del derecho penal. Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. Ed. Dykinson, 2005.

<sup>324</sup> Así se indica en la exposición de motivos de la reforma: “sustituyéndose, además, el elemento subjetivo «ánimo de lucro» por el de «ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto», con el que se pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto”.



La expresión beneficio económico directo se traduce en el cobro que se realiza y genera un enriquecimiento para el autor de la conducta que explota la obra o prestación ajena sin la debida autorización del titular o cesionario de los derechos de propiedad intelectual. El beneficio se deriva, por tanto, directamente de la incorporación indebida de la explotación de la obra al patrimonio del sujeto activo. La reproducción, la distribución o la comunicación pública tienen por sí mismas a aportar el enriquecimiento del sujeto<sup>325</sup>.

El beneficio económico indirecto se traduce en la búsqueda del beneficio que generará para el autor de este delito actividades paralelas a la explotación de la obra en cuestión<sup>326</sup>.

Partiendo de la base de que lo protegido en los derechos de propiedad intelectual es su fase patrimonial, es decir, lo relativo a los derechos explotación económica de la obra, la defraudación de estos derechos debe pretender así mismo para el autor de la conducta un beneficio económico directo lo que debe interpretarse en un sentido comercial (como se pensaba respecto del anterior ánimo de lucro) para que la afectación sea realmente significativa.

En otras palabras podría decirse que el beneficio económico directo podría interpretarse en un sentido más restringido como el “ánimo de lucro” a que se refería la normativa penal anterior y que la doctrina y la jurisprudencia entendían como la obtención del beneficio económico directo<sup>327</sup> que obtiene el

---

<sup>325</sup> GALAN MUÑOZ, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En GALAN MUÑOZ, Alfonso y NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Manual de derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.111.

<sup>326</sup> *Ibíd.*

<sup>327</sup> En este sentido es pertinente reseñar la posición de MIRÓ LLINARES, F. quien considera la sustitución del tradicional “ánimo de lucro” por el beneficio económico directo o indirecto, como

infractor por explotar económicamente la obra de otro. Conductas como reproducir música en las áreas comunes de un hotel sin un cobro superior por lo que podría considerarse un mejor servicio, o permitir vía *streaming*<sup>328</sup> la visualización de un partido de fútbol de la liga, por ejemplo, sin cobrar por ver a dichos contenidos, serían típicos casos en los que no se presenta la búsqueda de un beneficio económico directo, pero que sí tendrían que analizarse con detenimiento desde el aspecto subjetivo del tipo como ha sido ampliado a un beneficio económico indirecto.

La verdadera ampliación del tipo penal desde el punto de vista subjetivo que comporta la reforma de los delitos contra la propiedad intelectual vigente desde el 1 de julio de 2015, es incluir en el tipo subjetivo no sólo el ánimo del beneficio económico directo, sino también el indirecto, un elemento que sin duda será el más polémico por su valoración desde la doctrina y la jurisprudencia, pues los mismos supuestos planteados como atípicos en el párrafo anterior podrían ser punibles bajo este nuevo panorama, . A modo de ejemplo, comunicar públicamente en Internet contenidos protegidos sin autorización de su titular y obtener ganancias por la publicidad que se difunde durante la realización de dicha conducta se consideraría un beneficio económico indirecto, porque los beneficios que se buscarían con dicha actividad no provendrían directamente de la explotación económica la obra, sino de los ingresos que percibe por publicidad. Lo mismo sucedería con la

---

innecesaria y desafortunada, pues alega que ya prácticamente se había logrado un consenso en la doctrina al defender un significado más restringido que la sola intención de obtener una ventaja patrimonial, ligando este elemento subjetivo con el del ánimo de lucro comercial.

<sup>328</sup> SUÁREZ ALONSO, Francisco José. En su curso sobre tecnologías de Streaming, dictado en 2011 en la universidad de Oviedo lo define como: una tecnología de transmisión a través de redes de medios continuos (principalmente audio y vídeo) en la cual no existe descarga de información a un disco local sino que se envía la información a través de la red y el cliente la reproduce en tiempo real.

música que se reproduce en las áreas comunes del hotel que le generan un beneficio económico indirecto por una mayor cantidad de clientes que puede tener el hotel<sup>329</sup>.

En este sentido, habría que afirmar que todos los ingresos que por publicidad pudiera obtener una página *online* que no están relacionados directamente con la explotación económica de los derechos de propiedad intelectual sin la autorización de su titular que se realiza sin comunicación pública podrían considerarse como un beneficio económico indirecto, con lo que su persecución mediante un acto de explotación económica no autorizada pasaría a tener cabida en el delito ahora analizado.

La ampliación del ánimo típico de este delito en términos de beneficio económico indirecto es, en realidad, la ampliación de la punibilidad para muchas posibles conductas que antes de la reforma al menos eran discutiblemente llevadas a terrenos del Derecho penal, cerrando las discusiones jurisprudenciales, que por cierto pudieron dar pie al legislador para que sentara una posición concreta al respecto. Una posición maximalista, pues conductas como la puesta a disposición pública de obras o prestaciones protegidas por parte de usuarios particulares e incluso otras como la venta al público equipos informáticos a los que sin estar autorizado incorpora programas que no incrementan el precio del producto, pero sí suponen una

---

<sup>329</sup> “Ni que decir tiene que de este modo se amplía el ámbito de la tipicidad subjetiva, en tanto que en su seno encuentran cabida modalidades sin embargo discutidas a la luz de la regulación actual, por dudarse si colmaban la exigencia de ánimo de lucro. Me refiero a los beneficios obtenidos por la actividad de publicidad, que claramente en la nueva regulación quedan comprendidos bajo el concepto de ánimo de lucro indirecto, con las consecuencias que ello conlleva para determinadas infracciones en la red y, de modo especial, en orden al castigo de las llamadas webs de enlace (...)” GÓMEZ RIVERO, M. Novedades de la Reforma del Código Penal en Materia de Propiedad Intelectual e Industrial. Revista General de Derecho Penal Nro. 21 20014 disponible a través de IUSTEL. p. 21-22.

forma de incrementar su venta o el local en el que se comunican obras sin autorización del legítimo titular para incentivar el potencial público, son ejemplos de lo que MIRÓ LLINARES indica que ahora sería punible en términos del beneficio económico indirecto<sup>330</sup>.

GALÁN MUÑOZ, también hace una referencia de otros casos que hasta ahora fueron discutidos por la jurisprudencia, pero que ahora serían recogidos por el tipo subjetivo ampliado referido al beneficio económico indirecto: *“Se permitiría así que este delito pueda llegar a castigar las conductas cada vez más frecuentes, que realizan determinadas webs de Internet que permiten a sus usuarios contemplar en streaming, esto es, en tiempo real y sin necesidad de copia, todo tipo de contenidos de propiedad intelectual, sin cobrarles nada por ello, pero que enriquecen a sus administradores o gestores, gracias a los pagos que les efectúan las compañías que se anuncian en su web o también las que cometen aquellos que suministran dicho servicio, sin cobrar por la difusión del contenido, pero sí lo hacen por mejorar la calidad o velocidad de la conexión con la que se accede al mismo”*, incluso agrega que dicho impacto será no solo en el entorno digital sino en otros variados casos en que se genera un beneficio indirecto como el del hotelero que comunica públicamente y sin autorización obras de propiedad intelectual (Música) no con el ánimo de cobrar directamente a sus clientes por ello sino de aumentar su clientela y los beneficios que la misma la podría generar.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> MIRÓ LLINARES, F. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación (...) op. cit. p.636

<sup>331</sup> GALÁN MUÑOZ, A. La reforma de los delitos contra la Propiedad Intelectual (...) op. cit pp.589-600 también en: GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit.

A nuestro juicio el concepto puede ser tan amplio e ilimitado que cualquier ganancia extra que obtenga el autor de una explotación derechos económicos de propiedad intelectual sin tener la autorización para ella, podría considerarse beneficio económico indirecto (p. ej. mayor consumo por clientes, mayores ventas de productos o servicios, etc...) y con ello satisfacer el requisito subjetivo del tipo penal afirmando la tipicidad de la conducta, ampliando de esta forma la cobertura del tipo penal<sup>332</sup>.

Finalmente, solo señalar que este delito puede ser sancionado con una pena privilegiada que puede llegar a convertirlo en un delito leve, cuando concurren las circunstancias contempladas en el apartado 4 del art. 270 CP, circunstancias que al estar referidas a las conductas de distribución o comercialización ambulante u ocasional, no tienen demasiado predicamento con respecto a las conductas que venimos analizando en este trabajo, por lo

---

<sup>332</sup> En sentido vale la pena reseñar la postura de TOMAS-VALIENTE LANUZA, C.: “La inclusión del ánimo de obtener beneficios indirectos supone una clara expansión del alcance típico, y desde luego no evitará, sino todo lo contrario, graves dificultades interpretativas: aunque se haya zanjado en sentido afirmativo la discusión sobre la cabida del lucro indirecto en el concepto, el problema se trasladará ahora a calibrar si existe una conexión mínimamente suficiente entre la utilización de la obra o prestación y el beneficio proyectado como para poder decir que este se deriva (siquiera indirectamente) de aquélla, pues la apreciación como típicas de conexiones muy tenues corre el riesgo de expandir en exceso el ilícito penal a expensas del civil. Fuera de los casos de publicidad --que son los que parecen haber guiado la nueva redacción--, la delimitación puede no ser nada sencilla. ¿Realmente se deriva un beneficio económico --siquiera indirecto-- de comunicar públicamente sin autorización obras musicales en un establecimiento, cuando la conexión de cara a la obtención de un lucro es simplemente la de que la música puede motivar al público a acudir o permanecer en el local, y por tanto a realizar más consumiciones? ¿Y de exhibir películas en un hotel, sin cobrar directamente por ello sino como mero aliciente a los huéspedes --que lo más probable es que no conozcan de antemano la disponibilidad de este servicio y no efectúen su elección en absoluto en función de dicho factor-? Una interpretación en exceso amplia del concepto corre el riesgo de convertirse, creo, en una puerta abierta a la estimación como típicos de los que deberían mantenerse como meros ilícitos civiles, puerta que sólo se habría cerrado en falso con la exclusión del ánimo de mero ahorro como contenido de este esencial elemento típico” CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (...) op. cit p. 11

que, simplemente dejaremos apuntada su existencia, sin entrar en un estudio más pormenorizado de sus requisitos<sup>333</sup>.

## **2.2. Análisis del 270.2 CP. El nuevo Delito de Facilitación de Enlaces y Acceso a Contenidos Ilícitos.**

Es evidente que una de las grandes novedades de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo vigente 1 de julio 2015, que reforma los de delitos contra la propiedad intelectual es la creación de un nuevo tipo penal<sup>334</sup> destinado precisamente a intervenir frente a las conductas consistentes en facilitar enlaces y acceso a terceros a contenidos ilícitos; prescripción legislativa ésta destinada a quienes prestan servicios de la sociedad de la información, los proveedores de enlaces y de acceso<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> Artículo 270.4 CP “En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

<sup>334</sup> Titulación del nuevo tipo penal que nos parece acertada, retomada de GALÁN MUÑOZ, A. La reforma de los delitos contra la Propiedad Intelectual (...) op. cit p.598; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (...) op. cit p. 18; MIRÓ LLINARES, F. se refiere a éste como “El nuevo e innecesario tipo penal para la punición de las webs de enlaces” En: MIRÓ LLINARES, F. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación (...) op. cit. p. 629. MUÑOZ CONDE, F. se refiere a una amplia tipificación de los delitos que pueden cometerse en la prestación de servicios de la sociedad de la información facilitando el acceso o la localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en Internet. En: MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte especial 20ª edición (...) op. cit p. 400.

<sup>335</sup> “Ahora, tras la reforma, las comentadas conductas si pasarán por si solas a constituir un delito autónomo, consumado y completamente independiente de la posible valoración penal del acto de difusión ilícito que viniesen a facilitar, lo que, determina no solo un evidente adelantamiento de la intervención penal en este ámbito, sino también una significativa intervención, ya que, por más que continúe dejando en el ámbito de la más absoluta atipicidad las actuaciones que realicen los usuarios de estos servicios cuando consigan acceder al contenido localizado o accedido gracias a su prestación, si que permitirá castigar a quienes les suministre dichos servicios, incluso cuando lo haga en relación a contenidos que no se hubiesen difundido mediante actos de comunicación penalmente relevantes, como sucederá por ejemplo, cuando enlacen contenidos comunicados o puestos a disposición por un tercero, que hubiese actuado sin el ánimo de obtener el beneficio económico directo o indirecto que

Facilitar enlaces es conocido en el mundo informático como *linking*. En términos sencillos es la operación de vincular una página web con otra, lo cual permite al usuario de una página de internet saltar a otra página con un contenido diferente, pero relacionado, localizada dentro del mismo sitio o servidor, o en un servidor en cualquier otra parte del mundo, simplemente haciendo click en una dirección o dominio que pueden estar subrayados en azul o en una imagen. La palabra linking proviene de la raíz link, que se traduce al español como vínculo; en informática se utiliza la palabra hipervínculo, una abreviación de un vínculo a un hipertexto localizado en una página diferente. En esta sencilla función reside la magia de la navegación por Internet<sup>336</sup>.

Una variante de la actividad de enlazar o linking, son los hipervínculos profundos o deep linking como se conoce en inglés, en ese caso no se conduce a la página principal de otra web, sino directamente a una página o contenido interior dicho lugar, de modo que el visitante del primer sitio puede acceder a la página vinculada sin necesidad de visitar las páginas principales del sitio vinculado<sup>337</sup>.

Uno de los problemas de los hipervínculos profundos consiste en que diluyen e infringen la marca del sitio vinculado, al tiempo que obstruyen su negocio de venta de espacios publicitarios<sup>338</sup>, lo cual puede ser objeto de una discusión en derecho de marcas, no pertinente para nuestro objeto de estudio,

---

exige el delito del artículo 270.1 CP para poder sancionarle por su actuación” GALÁN MUÑOZ, A. La reforma de los delitos contra la Propiedad Intelectual (...) op. cit. p.599

<sup>336</sup> ALVAREZ, Carlos M. Links, Frames y Meta-tags En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en “Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática” Universidad de los Andes, Ed. Legis, Bogotá, 2005. pp. 598

<sup>337</sup> Ibídem.

<sup>338</sup> Ibídem. p. 600

Lo importante a establecer aquí, sin embargo, es que a través del mismo procedimiento se pueden facilitar el acceso a obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual lo cual si es de nuestra incumbencia.

Otra variante considerada una especie de Linking, es el *framing*. Los lenguajes de hipertexto permiten dividir la ventana del navegador en diferentes ventanas o marcos (frame). Quién programa la página establece que se desplegará en cada uno de los marcos. Por tanto por el framing consiste en hacer un hipervínculo a otra página en uno de los marcos, y generalmente, en el destinado a la presentación de contenido<sup>339</sup>, de modo que se verá directamente el contenido enlazado en la página web que enlaza.

A través de estas actividades un usuario cualquiera puede crear enlaces de manera unitaria o a modo de listado que conduzcan a obras o prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual.

Facilitar la localización en Internet de obras o prestaciones protegidas por los derechos de autor también está referido a los casos de activación de la descarga de la obra a través de un sistema P2P desde el ordenador de otro usuario que la aloja<sup>340</sup>, lo cual se analizará en detalle en el capítulo IV del presente trabajo.

Argumenta MIRÓ LLINARES, que con los desarrollos que representan las nuevas tecnologías *“lo que ha ido cambiando ha sido la concreta configuración de tales sistemas, fruto tanto de la adaptación a los mismos a los intereses de los usuarios como, sobre todo, de la modificación de los sistemas*

---

<sup>339</sup> Ibídem. 609.

<sup>340</sup> En: GÓNZALES CUSSAC, José Luis (coord.) Derecho penal parte Especial. 5ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Pág. 458



*tecnológicos utilizados en aras de encontrar huecos de legalidad en la legislación en materia de propiedad intelectual. Así, primero fue Napster, luego los sistemas p2p y posteriormente, aunque conviviendo con estos, ha aparecido los sistemas de descarga directa y streaming aparejados a las denominadas webs de enlaces sin las cuales el nuevo modelo no resultaría funcional*<sup>341</sup>

Este asunto objeto central de la última reforma pretende recoger sin duda la cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que se preocupaban por la supuesta laguna de punibilidad de la actividad de estos proveedores de servicios cuando enlazaban a contenidos de obras protegidas.

Como para la estructuración de este comportamiento punible, se deben cumplir una serie de condiciones objetivas y subjetivas, resulta conveniente analizarlas por separado en los epígrafes siguientes.

### **2.2.1. Bien Jurídico tutelado**

Esta figura, al igual que sucede con la anteriormente analizada protege, a nuestro modo de ver, los derechos de propiedad intelectual en su faceta estrictamente económica e individual.

Así lo acredita, por ejemplo que también en el art. 270.2 CP solo se castigue como delito el suministro de servicios de acceso o localización cuando se efectúa en perjuicio de terceros y que la autorización del titular de los

---

<sup>341</sup> MIRÓ LLINARES, F. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación (...) op. cit. p. 629. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (...) op. cit p. 7.

referidos derechos determine la completa atipicidad del suministro de tales servicios.<sup>342</sup>

Valga reiterar, por tanto, que el bien jurídico que protege la tipificación del delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos está integrado por derechos de carácter patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra. Sin embargo, en la regulación de este delito predomina el aspecto patrimonial, por la afectación al derecho de explotación de los autores sobre sus obras o prestaciones<sup>343</sup>

De modo que para el nuevo delito de facilitación no autorizada de enlaces y acceso a contenidos entendemos que el bien jurídico protegido lo es nuevamente los derechos de explotación económica de la propiedad intelectual desde el punto de vista patrimonial.

### **2.2.2. Tipo objetivo**

De acuerdo a lo indicado por GALÁN MUÑOZ, el tipo del artículo 270.2 CP está castigando determinadas modalidades de facilitación del acceso o la localización de obras o prestaciones protegidas en Internet, sin contar con la autorización del titular o el cesionario de los derechos sobre las mismas. Este delito está dirigido a quienes prestan servicios en Internet, y de forma más concreta a aquellos que suministran servicios que permiten a sus usuarios localizar contenidos ajenos que los proveedores no almacenan en sus servidores o que hacen factible que dichos sujetos puedan directamente

---

<sup>342</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016.p. 253

<sup>343</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed.: Tirant lo Blanch, 2015 p. 396-400.

conectarse y acceder a los archivos que otros usuarios almacenan e intercambian desde sus propios ordenadores (ej. con sistemas Peer-to-Peer).<sup>344</sup>

Analicemos por separado los componentes del tipo objetivo, de este nuevo delito en la sociedad de la información y las nuevas tecnologías.

#### **2.2.1.1. Sujeto activo**

Tal como acontece en el 270.1 CP, el 270. 2 CP que establece el nuevo delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos, también alude a un sujeto activo simple e indeterminado. Es un delito común y no especial, al expresar la norma que “...*la misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información (...)*” es decir, no se exige calidad especial alguna, puede ser cualquier persona que se comporta como un ISP o Internet Service Provider como se le conoce por sus siglas en inglés.

Lo puede cometer cualquier persona que dé enlaces, lo que hay que señalar que, como veremos, lo convierte en ISP al que se le aplicarán las reglas especiales de la LSSI acorde con la ley 34 de 2002 de servicios de sociedad de la información y comercio electrónico, en particular consideración del proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes *peer to peer*.<sup>345</sup>

---

<sup>344</sup> GALÁN MUÑOZ, A. “La reforma de los delitos contra propiedad intelectual e industrial”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª ed., España: Ed. Aranzadi, 2015, pp.585-609, p. 598.

<sup>345</sup> GIL GIL, Alicia y MARTÍN FEERNÁNDEZ, Carlos. Op. Cit. GÓMEZ LANZ, Javier. Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer to peer.”. Algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios. *Ekonomiaz*. Revista

El sujeto activo es quien de manera directa y autónoma en calidad de autor podría responder por el nuevo tipo penal de enlazar y permitir acceso a contenidos ilícitos, es decir, vulneradores de derechos de propiedad intelectual, conforme las otras condiciones objetivas y subjetivas que deben presentarse en su conducta, que además como lo explicaremos *infra* debe analizarse a la luz de las limitantes de la LSSI según el tipo de proveedor de que se trate.

Los intentos de atribuir responsabilidad penal a quienes suministran estos servicios por las infracciones relativas a la propiedad intelectual que sus actividades vendrían a facilitar no son necesariamente nuevos, en tanto existió un caso en 1995<sup>346</sup>, en el que tanto la industria musical, la industria cinematográfica y del software norteamericano, iniciaron una campaña encaminada a buscar dar una efectiva protección para asegurar sus intereses desde la Internet. En concreto, lo hicieron mediante la publicación de un libro llamado *“Propiedad intelectual y la infraestructura de la información nacional”*<sup>347</sup>, en el cual se afirmaba que los servidores de Internet, es decir los ISP, debían ser los mayores responsables por las infracciones de la propiedad intelectual que sus usuarios cometiesen, en tanto ellos debían estar atentos a regular a los usuarios evitando o restringiendo el paso a determinadas ventanas que violaran estos derechos.

---

vasca de economía. Número 51. 2002. Págs. 34-63. OXMAN, Nicolás. Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del “phishing” y el “pharming.” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. Número 41. 2013

<sup>346</sup> XALABARDER PLANTADA, Raquel. Capítulo IV. Infracciones de propiedad intelectual y la digital millenium copyright act. Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. Cizur Menor. Editorial Aranzadi, SA, 2002. pp. 120 – 121.

<sup>347</sup> LEHMAN, Bruce. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, Washington: Library of Congress Cataloging in a Publication Data, En <https://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (Ult. Vis. 14.08.16)

Precisamente una de las grandes novedades objeto de esta reforma con el fin de actualizarla a las nuevas tecnologías y a las necesidades de la sociedad de la información ha sido incluir este nuevo tipo penal del 270.2 CP que define una conducta que al realizarse convierte a su autor en uno de los ISP a los que alude la LSSI<sup>348</sup>, lo que en cierta medida, parece responder a la pretensión contenida en el citado libro.

#### **2.2.2.2. La conducta típica**

##### **a. La facilitación del acceso o localización de obras en internet objeto de propiedad intelectual**

El autor de este delito debe facilitar la localización de obras en Internet que sean objeto de propiedad intelectual, para poder cometer este delito.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA se refiere directamente a la comprensión de los términos Acceso o Localización. Instaurar la persecución penal de la actividad realizada por las denominadas webs de enlaces, es decir, aquellas que, sin alojar directamente contenidos protegidos contienen links que normalmente dan lugar a una de estas dos alternativas: 1) enlazar con un servidor externo de gran capacidad (p. ej. Megaupload o Rapidshare) donde las obras se encuentran alojadas y desde el que se descargan o se pueden visionar en streaming; o bien 2) activar la descarga de la obra a través de un sistema P2P desde el ordenador de otro usuario que las aloja. Quizás es el primer tipo de supuestos (a veces denominados de «descarga directa», para

---

<sup>348</sup> La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) en su artículo 2 b define: "b) "prestador de servicios": cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información".

significar la no intervención de un sistema P2P) el que el legislador pretende abarcar con la descripción de la modalidad típica de «facilitar el acceso», mientras que la segunda variante encajaría con la de «facilitación de la localización» de las obras protegidas<sup>349</sup>. En este sentido las palabras “acceso” y “localización” obraran como elementos descriptivos del tipo ligados a la actividad técnica que desarrolla el prestador de servicios en la sociedad de la información.

Hay que señalar que facilitar el “acceso” y la “localización” de las obras protegidas ha sido considerado por algunos autores como subsumible en una de las conductas típicas protegidas en el delito contenido en el art. 270.1 CP. Concretamente, en la comunicación pública, lo que llevó, por ejemplo a MIRÓ LLINARES a considerar que lo que viene a regular este nuevo tipo penal, ya estaba recogido en el anterior 270.1 CP, atendiendo la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había ya expresado con relación a la comunicación pública en Internet en el denominado caso “Svensson” (Sentencia C.466/12 del 13 de febrero de 2014) cuando justo se tramitaba la reforma.<sup>350</sup>

Explica MIRO LLINARES, que la jurisprudencia enjuiciaba un caso de Web de enlaces, que conducía a artículos de prensa protegidos por derechos de propiedad intelectual. *“La sentencia resuelve todas las cuestiones señalando que el establecimiento de un enlace en una página web sobre el que se pueda pulsar y que lleve a una obra protegida que esté disponible*

---

<sup>349</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (...) op. Cit p. 19*

<sup>350</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. Del descubrimiento y revelación de secretos. En Manuel Gómez Tomillo y otros, Comentarios al Código Penal. Valladolid: Lex Nova.

*libremente en otro sitio web supone la realización de una puesta a disposición pública tal y como este derecho, parte del derecho de comunicación pública, está reconocido en el art. 3 de la DDASI, si bien tal derecho sólo podrá no entenderse “no agotado” en el caso de que la web comunique la obra a un público nuevo (...)*. Por ello, MIRO LLINARES consideraba que la regulación penal anteriormente vigente permitía que *“tales conductas de enlazar, en cuanto sean consideradas comunicación pública, pasarán a ser típicas al realizarse en perjuicio de tercero y siempre que se entienda, lo cual es habitual en estos supuestos, que se perpetran con la intención de obtener un beneficio patrimonial directo o indirecto”*<sup>851</sup> lo que ha llevado a este autor incluso a calificar de innecesaria la regulación del tipo penal del 270-2 CP sobre la punición de las webs de enlace, por considerar que ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dejaba clara las bases de la estructuración penal de las conductas asumidas por las webs de enlaces a obras protegidas.

Un autor como GALÁN MUÑOZ, sobre el presupuesto de la misma sentencia, no comparte que el mero suministro de enlaces suponga un acto de puesta a disposición susceptible de ser considerado como comunicación pública<sup>352</sup>.

En cualquier caso, parece evidente que la conducta de dar enlaces y acceso a obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual están recogidas ahora expresamente en el artículo 270.2 CP, lo que, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto la voluntad legislativa de castigarla de forma

---

<sup>351</sup> MIRÓ LLINARES, F. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación (...) op. cit. pp. 632-633

<sup>352</sup> GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit.

separada y distinta y no mediante su consideración como un acto de comunicación pública de los que aparecen contemplados en el 270.1 CP.

**b. El carácter activo y no neutral de la prestación de servicios de localización o acceso**

La referencia a que las conductas anteriores hayan de tener carácter de activo y no neutral para ser típicas es un requisito necesario para configuración del delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos, sobre el cual no se encuentra un concreto significado en el CP ni en la LPI, sino que debe recurrirse a la doctrina para saber que se necesita para que se pueda apreciar. Así, el CP solo señala que dichos caracteres se dará cuando los proveedores *ofrezcan “listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados por los destinatarios de los servicios”*, esto es, por los propios usuarios en cuestión. De acuerdo a lo anterior, se entiende que son neutrales y se mantendrán al margen del delito, las prestaciones puramente automáticas de proveedores, como lo son los conocidos buscadores de Internet (Google, Bing, Yahoo, etc.), cuyos robots son los que crean, recopilan, ordenan y clasifican de forma completamente automatizada los enlaces que llegan a sus servidores; también están exentos de este delito quienes tan solo creen y mantengan un sistema que simplemente permita a sus usuarios publicar enlaces, sin realizar ningún tipo de intervención anterior o posterior sobre los mismos.<sup>353</sup>

---

<sup>353</sup> GALÁN MUÑOZ, A. “Comentario de la tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma de la LO 1/2015”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español, t. II*, España: Ed. Aranzadi, 2016, pp.220-261, p. 251-252. GALÁN MUÑOZ, A. “La reforma”, cit. nota n° 367, p. 601.



Sólo así se podrá considerar que la conducta es activa y no automática y por tanto, puede ser típica.

Por lo que se refiere a la neutralidad de los actos, se debe de atender, como ya veremos, a lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), el cual delimita que no habrá lugar a imputación de responsabilidad penal ni de ninguna otra clase, si no se prueba que los proveedores de enlaces que prestaban sus servicios, lo hacían controlando, dirigiendo o ejerciendo su autoridad sobre aquel que difundió el contenido que enlazaron (art. 17.2 LSSI), o se demuestra que llegaron a tener un “conocimiento efectivo” de que los contenidos que enlazaban eran ilícitos o lesivos de derechos (art. 17.1 LSSI).<sup>354</sup>

Solo cuando ambos requisitos concurren simultáneamente en una de los referidos suministros de servicios, el mismo será ya considerado como activo y no neutral y, por tanto, podrá ser tenido por típico.

### **c. Ausencia de autorización del titular**

Como señala GALÁN MUÑOZ, la prestación activa y no neutral de los servicios de proveedores de Internet debe hacerse, además, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual para que pueda ser considerada como típica<sup>355</sup>.

La norma exige la autorización del titular de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, refiere expresamente o bien a quien tenga la

---

<sup>354</sup> GALÁN MUÑOZ, A. “*La reforma*”, cit. nota n° 367, p. 602.

<sup>355</sup> GALÁN MUÑOZ, A. “*Comentario*”, cit. nota n° 382, p. 253.

titularidad de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con las reglas del TRLPI o bien al cesionario que en los mismo términos del TRLPI pueda autorizar por ejemplo a un tercero a ejercer los derechos de explotación exclusiva de la obra, precisamente a partir del título V, artículos 42 y s.s. de dicha normativa se regula lo relativo a la transmisión de los derechos de propiedad intelectual.

Tendremos que acudir a las mismas previsiones del TRLPI para determinar cuándo se presenta el consentimiento del titular del derecho, siendo mucho más simple en principio cuando éste es expreso a cuando se presenta de forma tácita, no habiendo dificultad en los casos que el mismo TRLPI presume la cesión de los derechos de propiedad intelectual.

Como lo expresa GOMEZ RIVERO, en realidad los problemas relacionados con el consentimiento prestado por los titulares de los derechos de propiedad intelectual surgen en los casos en que sean varios los que ostenten ese derecho sobre el bien en cuestión, porque por ejemplo no todos los titulares emitan el consentimiento o los titulares tengan diferentes tipos de derechos.<sup>356</sup>

En cuanto al cesionario, el TRLPI, contempla que toda cesión deberá formalizarse por escrito (art. 45) y menciona dos posibilidades de cesión: La cesión en exclusiva (art. 48) y la cesión no exclusiva (art.50) con sus respectivas obligaciones y compromisos.

---

<sup>356</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Análisis de las reformas penales. Presente y futuro. Documento TOL5.186.305. Marzo 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.tirantonline.com> p. 27

En nuestra opinión, en todos los casos complejos o de dificultad interpretativa para establecer si se produjo o no la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, deberá acudirse a las reglas expresas tanto del TRLPI así como a la jurisprudencia en esta materia, de modo que pueda establecerse si en realidad aplica el requisito ‘ausencia de autorización’ para el caso penal concreto o el asunto debería dirimirse en otro orden como el civil o administrativo, por no verificarse dicho cumplimiento, y en los casos de indiscutible autorización de los titulares o de sus cesionarios, no cabe duda de la atipicidad de la conducta al tratarse de un requisito objetivo del tipo.

Finalmente, resulta relevante destacar que como señala GALÁN MUÑOZ, el hecho de que “(...) *la prestación activa y no neutral de los comentados servicios debe realizarse sin la autorización de los correspondientes titulares de los derechos de propiedad intelectual para ser típica*” “ (...) *no supone que haya que pedir autorización para establecer y suministrar cualquier enlace o lista de enlaces a cualquiera de los múltiples contenidos protegidos por la propiedad intelectual que se encuentran en la red. Así se deduce, de hecho, de lo afirmado en la ya citada STEJ de 13 febrero 2014, referida al caso Svensson y otros (TJCE\2014\52)); resolución que, por más que se considere, como hizo, de forma a nuestro juicio ciertamente cuestionable, que el mero suministro de enlaces supone un acto de puesta a disposición susceptible de ser considerado como comunicación, también afirmó que para que dicha forma de comunicación pueda ser tenida como pública y requiera, en consecuencia, de la autorización del titular de los derechos afectados por su realización, deberá estar dirigida a un público nuevo y distinto*

*de aquel al que dicho titular había destinado su inicial publicación en la red, lo que, evidentemente, supone que no sea necesario pedir autorización para enlazar todos aquellos contenidos que estén legalmente publicados en abierto en Internet y, por tanto, se encuentran accesibles a todos los usuarios; conductas estas que, además y por otra parte, quedarían, en cualquier caso, al margen del comentado delito al no presentar la idoneidad lesiva patrimonial que exige su tipo de injusto al requerir que se cometa “en perjuicio de tercero”. Esto es, realizando una conducta que pueda llegar a ocasionar perjuicio patrimonial al titular de los contenidos enlazados.*<sup>357</sup>

#### **d. En perjuicio de un tercero**

Las conductas desplegadas por los prestadores de servicios en internet, en este caso el proveedor de enlaces deben ser objetivamente lesivas para el patrimonio del titular de la propiedad intelectual. Estos facilitadores también actúan en perjuicio de terceros cuando permiten que mediante los servicios que prestan se ejecuten hechos ilícitos, y aun así continúan su actividad efectivamente conociendo que se está cometiendo un delito por cuanto no cuentan con la debida autorización del titular o cesionario de la obra o prestación.<sup>358</sup>

Como elemento objetivo que es, este elemento típico no hace requiere que el autor de este delito llegue a determinar el perjuicio patrimonial, sino simplemente que la conducta que realiza pueda perjudicar a terceros, para ello,

---

<sup>357</sup> GALÁN MUÑOZ, A. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (...) op. cit.

<sup>358</sup> LARA, Juan y VERA, Francisco. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. En: ONG Derechos Digitales, n° 3, En <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> (Ult. Vis.15.08.16).

evidentemente lo enlazado tiene que ser algo publicado ilícitamente y cuya difusión ocasione un lucro cesante indebido a su titular, con lo que el facilitar acceso al mismo o su localización resultará una actuación idónea para incrementar el perjuicio que se producirá el titular del contenido en cuestión, ya que solo así se puede entender que el enlazarlo pueda producir dicho perjuicio<sup>359</sup>.

### **2.2.3. Tipo subjetivo**

Del mismo modo que el 270.1 CP recoge unos elementos subjetivos comunes como el dolo y la búsqueda del beneficio económico directo o indirecto aplicables también al 270.2, este nuevo tipo penal menciona expresamente un nuevo elemento subjetivo para esta conducta del proveedor de enlaces que es facilitar de modo activo y no neutral.

#### **a. DOLO**

El análisis del dolo resulta común en los términos del 270 -1 o 270-2 CP, por tanto , como ya se indicó, el aspecto subjetivo de ese delito comporta una modalidad dolosa y no imprudente, de modo que responda el prestador de servicios en la sociedad de la información, que con pleno conocimiento y voluntad facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o localización en interne de las obras o prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual, siempre y cuando, como elemento subjetivo adicional del injusto, dicho sujeto esté

---

<sup>359</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016.p. 253

determinado a obtener el beneficio económico directo o indirecto al que se refiere la norma.

Con ello, el autor deberá tener pleno conocimiento que los enlaces o localizaciones que permite sea con relación a obras, que sabe, conoce, que están protegidas por los derechos de propiedad intelectual, y que, su difusión es perjudicial para su titular, conociendo dichos presupuestos, quiere además realizarlo, de lo contrario podría llevarse a una atipicidad de la conducta, verbigracia si no conoce que las obras a las que enlaza o localiza gozan de dicha protección<sup>360</sup>.

El conocimiento y voluntad que exige el delito de facilitación de enlaces o localización de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual implicará que los errores de tipo que se puedan presentar respecto a algunos de sus elementos como la falta de autorización o el carácter de protegido del contenido enlazado, puedan llevar a la atipicidad de la conducta, como lo indica GALÁN MUÑOZ, “cuando aquel que objetivamente realice su conducta típica lo haga creyendo erróneamente, incluso de forma vencible, que la misma no presentaba idoneidad lesiva alguna con respecto al patrimonio de terceros o que contaba con el consentimiento o autorización necesaria para poder efectuarla”.<sup>361</sup>

Ejemplo claro de lo anterior será cuando el sujeto está enlazando a obras respecto de las cuales cree erróneamente no están protegidas por los derechos de propiedad intelectual, porque, por ejemplo, ya ha expirado el

---

<sup>360</sup> Ibídem. p. 253

<sup>361</sup> Galan Muñoz, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En Galan Muñoz Alfonso y Nuñez Castaño, Elena. Manual de derecho Penal económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. P. 114

término de protección reconocido en el TRLPI, o también cuando en los supuestos de controversias comunes que se pueden dar en el tema de la autorización o cesión de los derechos, en las cuales, nuevamente el autor puede creer erróneamente que si cuenta con la autorización para explotar la obra y por ello permite el acceso o localización de la obra en internet<sup>362</sup>.

#### **b. Elemento subjetivo del injusto: El ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto**

De nuevo nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto que configura a esta figura como un delito de resultado cortado<sup>363</sup>. La redefinición del elemento subjetivo acerca de la obtención de un beneficio económico directo o indirecto fue realizada con el propósito de dar cabida a conductas que eran excluidas por no cumplir la anterior exigencia típica del ánimo de lucro, como lo es, las formas indirectas de conseguir ingresos económicos (publicidad, comercialización de datos). Así, con la introducción de este elemento, la intención de obtener ingresos, o cualquier otro rendimiento evaluable económicamente y susceptible de obtenerse por motivo o con ocasión de la realización de una conducta típica colma las exigencias de actuar con el propósito de obtener beneficio económico directo o indirecto.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> “A salvo queda en todo caso el tratamiento de los supuestos en que quien procede a la explotación hubiera obrado en situación de error motivado por la creencia de contar con la anuencia de uno de los cotitulares, casos en los que habría de apreciarse el correspondiente error de tipo”. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Análisis de las reformas penales. Presente y futuro. Documento TOL5.186.305. Marzo 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.tirantonline.com> pág. 28

<sup>363</sup> Galan Muñoz, Alfonso, Delitos contra la Propiedad intelectual e Industrial. En Galan Muñoz Alfonso y Núñez Castaño, Elena. Manual de derecho Penal económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. P. 111

<sup>364</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 8/2015, “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015”, En:

Con la introducción del elemento del beneficio económico indirecto se busca penar al prestador de servicios de la sociedad de la información que, como consecuencia de la comisión de los delitos del artículo 270 CP, se lucra de forma indirecta a través de la publicidad que se muestra en el sitio *web*

De igual manera, es de valorar que el actuar doloso del autor, para el caso concreto tiene que estar encaminado a que obtener un beneficio económico directo o indirecto, aunque no llegue efectiva y objetivamente a alcanzarlo, con lo que si por el contrario, no hay exigencia de retribución, pago, contraprestación económica ni siquiera interés de obtener algún tipo de beneficio económico así sea indirecto (como es el caso de ingresos por publicidad) tendríamos igualmente un resultado de atipicidad<sup>365</sup>.

Para el caso concreto diríamos que el sujeto activo sabe que tiene un enlace a un contenido protegido y que el titular no quiere difundirlo, comete este delito si suministra el enlace (o el listado) con intención de enriquecerse directamente por el suministro (esto es, para que le paguen por él, lo vende) o indirectamente (lo pone en la web y el pago por publicidad, es lo que pretende que llegue a enriquecerle).

De esta manera la descripción típica de este delito, y su ampliación, en el marco del elemento subjetivo especial, en relación con el beneficio económico directo, parece dirigida especialmente a castigar penalmente la conducta efectuada por los gestores de aquellas páginas web de enlace en

---

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR\\_82015.pdf?idFile=d7b418c1-6aa4-406a-bceb-19b2a9495c52](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR_82015.pdf?idFile=d7b418c1-6aa4-406a-bceb-19b2a9495c52) (Ult. Vis.16.08.16).

<sup>365</sup>GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016. p. 253



internet, que se dedican precisamente a enlazar a contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, sin ningún cobro por ello, pero que perciben ingresos económicos por la publicidad de las empresas que se anuncian en ellas.<sup>366</sup>

### **3. Cuestiones problemáticas de la autoría y participación en los delitos contra la propiedad intelectual con posible repercusión en la calificación jurídica de los distintos implicados en los sistemas P2P.**

Varios factores hacen que exista una enorme complejidad para la aplicación en el escenario digital y en concreto en los delitos contra la propiedad intelectual que hemos analizado, de las reglas generales de la autoría y la participación. Así la participación necesaria de múltiples sujetos en la comisión de las conductas ilícitas realizadas en la red, ya que han de intervenir como necesarios intermediarios de la comunicación, obliga a prestar especial atención a la determinación de cómo y en qué casos se le puede atribuir responsabilidad a dichos sujetos.

Especialmente porque existen algunas reglas específicas de autoría y participación que regulan y limitan la responsabilidad de aquellos sin cuya intervención no podrían difundirse de forma masiva, mediante los medios de comunicación tradicionales o modernos, ideas u opiniones que sirven para

---

<sup>366</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016. GOMEZ RIVERO, María Del Carmen. Novedades de la reforma del código penal en materia de propiedad intelectual e industrial. Revista general de Derecho Penal, no. 21, 2014. MIRÓ LLINARES, Fernando. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal. En: Estudios sobre el código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. Morillas Cueva, Lorenzo (Director). Madrid: editorial Dykinson, 2015. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) En: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Documento TOL5.009.915. Abril 2015. Disponible en internet: file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL\_5009915\_es.pdf

conformar la opinión pública o para ejercer el legítimo derecho a la libertad de expresión y de opinión, por lo que resulta necesario plantearse en qué medida podría incluir en quienes intervienen en la realización de algún delito contra la propiedad intelectual mediante sistemas p2p. Analizaremos a continuación someramente estas reglas, toda vez que como decimos podrían tener incidencia en la determinación de las posibles responsabilidades penales que se derivasen de la distribución de contenidos en sistemas de P2P.

### **3.1. La discutida aplicabilidad de las reglas especiales de autoría y participación del artículo 30 CP a los intervinientes en la difusión de contenidos en la red.**

La regla general del artículo 27 CP contempla que son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices. Sin embargo, en el artículo 30 CP<sup>367</sup> se contempla un régimen de excepción según el cual en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos<sup>368</sup>

---

<sup>367</sup> Artículo 30. 1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1. ° Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2. los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3. ° Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4. los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

<sup>368</sup> “La cuestión que debe dilucidarse es si procede o no su aplicación a delitos cometidos a través de Internet, en la medida en que la redacción del precepto resulta escasamente precisa al aludir a medios «mecánicos», lo que, en opinión de algún autor, parece ser incompatible con un medio tan sofisticado como puede ser Internet.” GÓMEZ TOMILO, Manuel: “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil”, *Eguzkilore* n° 20 (2006), pp. 163-177, p. 164, En: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174920/15+-+Autoria+Participacion+Difusion.pdf> (Ult. Vis. 16.08.16).

no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

La norma contenida en el artículo 30 CP ostenta un sentido liberal en tanto que acota el campo de la responsabilidad criminal, evitando la extensión derivada de la aplicación de las reglas generales, que obligarían a sancionar por un delito cometido a través de un medio de publicación no sólo a su autor material del contenido difundido, sino también a los colaboradores en su formación, difusión y distribución. Lo primero que el referido precepto establece, como hemos señalado es que dichos colaboradores no responderán en ningún caso si su aportación constituye simplemente un caso de complicidad. Posteriormente, y entre quienes podrían ser considerados como autores en términos del art. 28 CP, el art. 30 establece que los mismos solo responderán penalmente si no existe un sujeto que también pueda ser considerado como tal y está ubicado en un nivel superior de la escala de sujetos que se contempla en el art. 30.2 CP<sup>369</sup> En este orden de conceptos, el primer responsable que determinará la impunidad del resto de posibles autores será el propio autor del texto o el inductor. Solo si no se puede sancionar a alguno de estos sujetos, se podrá abrir procedimiento penal contra los contemplados en el segundo nivel de este sistema de responsabilidad en cascada. Esto es, contra el "director" que será quien controla y es capaz de

---

<sup>369</sup> Vid. TOMILLO GÓMEZ, M: El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta (...), en revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2ª época, nº 3 de 1999. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de Sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil. En: EGUZKILORE Número 20. San Sebastián Diciembre 2006, pp.163 – 177. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal Español en materia de codeinlucencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. En: Nuevo Foro Penal No. 81, julio-diciembre 2013, Universidad EAFIT. GALAN MUÑOZ, Alfonso. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET. Ed. Tirant lo Blanch, 2010. Valencia, pp. 233 y s.s.

tomar decisiones al máximo nivel del medio de comunicación en cuestión. El que fija los fines y guía el actuar de la empresa. Como se puede comprobar, el artículo 30.2 CP no establece una responsabilidad objetiva y en “cascada”, que colisionaría frontalmente con el principio de culpabilidad (artículo 5 del Código Penal), tal como lo ha señalado la jurisprudencia a partir de la reforma del Código Penal de 1973 por la LO 8/1983 de 25 de junio (SSTS 25/11/1988, 16/05/1991 y 31/01/1992, entre otras (SAP MADRID, sección 3, 07/07/2005). La estricta concepción que de la responsabilidad criminal ofrece para los denominados delitos de imprenta u opinión el art. 30 del CP establece una limitación de la responsabilidad que se podría atribuir conforme a los criterios generales de los art. 27 y siguientes de nuestro Código (SAP CÓRDOBA, sección 3, 12/06/2002 y SAP VALLADOLID, sección 2, 28/04/1999). Así, a SAP MADRID, sección 3, 07/07/2005 ha establecido que si se imputa un delito cometido utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no es admisible acoger el concepto de autoría del artículo 28 del Código Penal, debiendo observarse lo dispuesto en el artículo 30 que establece una responsabilidad escalonada y subsidiaria. El párrafo primero del art. 30 CP excluye de responsabilidad a los cómplices y quienes los hubieren favorecido personal y realmente y constituye, en palabras del Tribunal Supremo<sup>107</sup>, una de las expresiones más puras de los principios liberales sobre la libertad de imprenta (AAP MADRID, sección 16, 02/12/2004)<sup>370</sup>.

Ha existido dentro de la doctrina y la jurisprudencia una amplia discusión acerca de la aplicabilidad del art. 30 CP frente a los delitos contra la propiedad

---

<sup>370</sup> Referenciado de Vlex España, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-68824021> (Ult. Vis. 29/03/18)

intelectual<sup>371</sup>. Así por ejemplo, entre la jurisprudencia la SAP Córdoba 45/2002 de 12 de junio (Sección 3ª) afirmaba que: “...*en relación a los sujetos activos del delito contra la PI se ha de señalar que cualquier persona puede reunir dicha condición, **no siendo aplicable al caso la estricta concepción que de la responsabilidad criminal ofrece para los denominados delitos de imprenta u opinión el art. 30 CP** (solo respondería el autor real y luego la responsabilidad en cascada, quedando expresamente excluidos los cómplices y lo que hubiesen favorecido personal o realmente el delito)* (la negrita es nuestra), y si resultando de aplicación las normas generales sobre la materia (autoría y participación) contenidos en los arts. 27, 28 y 29 CP, pues, en términos generales, no se dan los presupuestos para la aplicación del art. 30 y además ha de tenerse en cuenta que la pluralidad de acciones previstas en el art. 270 CP implica la posibilidad de una pluralidad de personas intervinientes en el hecho”.<sup>372</sup>

Los que se inclinan por no aplicar las reglas del art. 30 CP, expresan que no existe una clara vinculación histórica entre la responsabilidad en cascada y los delitos de expresión u opinión y los delitos contra la propiedad intelectual. Es decir, que éstos no encajan entre los delitos de expresión. Además, frente a la propiedad intelectual se protegen derechos patrimoniales que muy poco

---

<sup>371</sup> “No debe sorprender, por tanto, que su posible aplicación a los delitos que nos ocupan también haya generado polémica, existiendo autores que niegan radicalmente dicha posibilidad (GOMEZ RIVERO, 2012); otros que la admiten solo para determinadas modalidades comisivas (MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, GIMBERNAT ORDEIG, 1993) y algunos, que por el contrario, consideran que ningún inconveniente hay en aplicar sus disposiciones a las comentadas figuras delictivas. (QUINTERO OLIVARES, 2013) en: GALAN MUÑOZ, A. De los delitos contra la (...) op. Cit. P. 240

<sup>372</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil”, *Eguzkilore* n° 20 (2006), pp. 163-177, p. 172, En: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174920/15+-+Autoria+Participacion+Difusion.pdf> (Ult. Vis.16.08.16).

tienen que ver con aquellos que determinaron siglos atrás el surgimiento de la llamada responsabilidad en cascada. Así mismo, frente a las creaciones sometidas a propiedad intelectual no se puede aplicar el requisito del carácter antijurídico de lo difundido que sustenta la aplicación del art. 30 CP, es decir, que las conductas que se presenten consistan en la difusión y que tal difusión de contenidos antijurídicos forme parte de la conducta típica, porque las obras normalmente no pueden ser catalogadas como tal. Por último también se señalaba que la responsabilidad en cascada del art. 30.2 CP es un régimen excepcional que debe ser aplicado restrictivamente y no expansivamente a nuevas formas de criminalidad que carecen de conexión con el origen y fundamento de la institución.<sup>373</sup>

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, si valoramos que el artículo 30 CP es una norma que limita la aplicación y por tanto a la extensión de la responsabilidad (por ejemplo, de entrada, excluye a los cómplices) a los partícipes de las conductas punibles relacionadas con los delitos contra la propiedad intelectual, y consideramos asimilables o análogos los medios o soportes de difusión mecánicos de los que dicho precepto habla a la realidad que nos ofrece la internet, parece que no quedará más remedio que aceptar su aplicabilidad como regla especial<sup>374</sup>, esto es, una regla limitadora de la

---

<sup>373</sup> GÓMEZ TOMILLO, M. *“Autoría y participación”*, cit. nota n° 388, p. 173.

<sup>374</sup> “Todo ello convierte al comentado precepto en una norma restrictiva de la responsabilidad de los sujetos a los que se aplica y beneficiosa para los mismos, que puede y debe ser también aplicado a las conductas aquí analizadas, cuando las mismas se realicen empleando medios de comunicación masiva. Esto llevara, por ejemplo, a que cuando uno de los redactores de un periódico plagie una parte del artículo de otro y lo publique en dicho medio sin su conocimiento ni autorización, no se pueda sancionar a ninguno de los operarios de la sesión de impresión del periódico en cuestión, ni tampoco a sus directores o editores, por más que todos o alguno de dichos sujetos hubiesen contribuido dolosamente a la reproducción y posterior difusión del texto en cuestión (...)” en: GALAN MUÑOZ, A. delitos contra la pi... op. Cit. 241 vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. De los delitos relativos a la propiedad intelectual, Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

responsabilidad, a las actuaciones efectuadas en la red que resulten asimilables a aquellas a las que alude el referido precepto.

En efecto, a nuestro modo de ver y como mantiene GÓMEZ TOMILLO, la regulación de la responsabilidad en cascada, al ser una normativa beneficiosa para el reo se podrá aplicar cuando menos analógicamente a los proveedores de internet que realicen actividades similares a aquellos sujetos que aparezcan expresamente contemplados en dicha cascada<sup>375</sup>.

Aceptada la aplicabilidad de las reglas especiales del artículo 30 CP, debe tenerse en cuenta entonces dicha norma a la hora de determinar la posible responsabilidad penal de los implicados en la localización o puesta a disposición penalmente ilícita de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, pues precisamente estamos discutiendo que en la actualidad gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías hemos pasado de la piratería de papel a la piratería digital, y cobran especial importancia la participación de los intermediarios de la red que facilitan o suministran los servicios necesarios para que la red funcione. Pero es que, además, y por otra parte, no sólo las reglas del 30 CP habrán de tener incidencia en esta cuestión, sino también la tendrá la ley de servicios de la información (Ley 34 de 2002) de la que nos pasamos a ocupar en el siguiente acápite.

---

<sup>375</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de Sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil. En: EGUZKILORE Número 20. San Sebastián Diciembre 2006, pp.163 – 177

### **3.2. El controvertido papel de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) a efectos de atribución de responsabilidad penal.**

El complejo entramado de redes que significa Internet y las enormes posibilidades de tráfico de información que circula a iniciativa de la innumerable cantidad de usuarios que transitan por esta red, no sería posible sin el concurso (aclarando no en términos penales) de las personas que permiten o facilitan dicho tráfico de información a partir de la posibilidades de conectividad, de almacenaje temporal y puesta a disposición de la cantidad de información entre los usuarios de la red y esta labor la cumplen los proveedores de servicios de internet<sup>376</sup> o Internet Service Provider (ISP) como regularmente se conocen por sus siglas en inglés.<sup>377</sup>

Al tener que intervenir necesariamente los ISP también lo hacen respecto de conductas de sus usuarios que pueden ser ilícitas, lo que determina que se pueda plantear si habrían de responder por haber ayudado a cometerla, para lo que la LSSI trata de establecer algunos límites generales, tanto a su responsabilidad penal, civil o administrativa; límites que en la Directiva 2000/31, de Comercio Electrónico, se contemplaban en sus artículos 12 a 15 y que se corresponden mayoritariamente, con los establecidos en los artículos 13 a 17 de la Ley española número 34/2002, de 11 de julio, de

---

<sup>376</sup> Los ISP actúan como intermediarios determinantes en la estructura y funcionamiento de la red y en este papel bien podrían favorecer o incluso impedir las conductas de carácter delictivo de sus usuarios, bien porque no les presten el servicio o bien porque interrumpen el mismo tan pronto como estén en posibilidad de enterarse del mismo.

<sup>377</sup> SERRANO SANTOYO, Arturo y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Evelio. La brecha digital: Mitos y realidades. Universidad Autónoma de Baja California. 2003. GARCÍA GÓMEZ, Juan Carlos. Portales de Internet, tipología básica y desarrollo. Universidad de Murcia. El portal de la información. Vol. 10. Número 7. 2001



Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>378</sup>, que acoge los planteamientos de la directiva<sup>379</sup> y que se convierte en la normativa específica en el Derecho español frente a los proveedores de servicios en la sociedad de la información.

Este asunto cobra total relevancia con relación a las conductas que atentan contra los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, en la medida que la nueva regulación penal para la propiedad intelectual que entró en vigor a partir del 1 de julio de 2015, como ya hemos señalado, contempla expresamente en el art. 270.2 CP, que se podrá sancionar penalmente a quien en la prestación de servicios de la sociedad de la información (es decir el ISP), con el ánimo de obtener un beneficios económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios.

---

<sup>378</sup> “Contempla una serie de artículos que tratan de definir y de regular el régimen de responsabilidad de los “prestadores de servicios de la sociedad de la información” esto es el régimen de responsabilidad jurídica de los proveedores de servicio de internet”. GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de Expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet. Un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la información y el comercio electrónico. Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia. 2010. p. 63

<sup>379</sup> “Con arreglo a la citada Directiva, se establece como principio general la inexistencia de una obligación de la supervisión de los datos que se transmiten o almacenan (como sí hace, por ejemplo, un productor de TV) ni una obligación de realizar búsquedas activas de los contenidos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios que prestan y de cuya regulación se ocupa la Directiva (mera transmisión de datos o facilitación de acceso a la red, almacenamiento o copia temporal de datos (caching) y alojamiento de datos; en el caso de la LSSICE, también localización de datos). Así, el artículo 15.1 de la Directiva declara que <<los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”. De NOVA LABIÁN, Alberto José. Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de (...) op. cit. 234 - 250.

De modo que este análisis resiste relevancia no sólo al ahora de delimitar la posible responsabilidad de los proveedores por sus contribución a los delitos cometidos por los usuarios, sino también con respecto a su posible autoría respecto a este último delito directamente dirigido a quienes prestan determinados servicios en la sociedad de la información.

La ley 34/2002 establece un régimen de responsabilidades diferenciando para los distintos proveedores de Internet, según las particularidades que pretenden los distintos servicios que suministran, lo que ha llevado a que establezca un tratamiento diferenciado para:

- Los operadores de redes y proveedores de acceso (proveedores de transmisión de acceso (art. 14 LSSI)
- Los proveedores de servicios de copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (proveedor de *Caching*) (art. 15 LSSI)
- Los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (proveedores de Host) (Art. 16 LSSI)
- Los proveedores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (proveedores de links o de buscadores) (art. 17 LSSI).<sup>380</sup>

El art. 13 de la LSSI determina que, en principio, “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley*”, pero a reglón

---

<sup>380</sup>. GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit p. 64

seguido establece una distinción de los prestadores de servicios en “*el ejercicio de su actividad de intermediación*” con respecto a los que son meros proveedores de contenidos, estableciendo para los primeros un régimen específico contenido en los arts. 14 a 17 LSSI.

Para un autor como GÓMEZ TOMILLO, dicho régimen normativo delimita y establece, en concreto, fuentes de carácter legal para dichos proveedores que determinan suposición de garante<sup>381</sup> que permitirá imputarles responsabilidad omisiva a los Internet Service Provider (ISP),<sup>382</sup> Para nosotros, sin embargo, son reglas que simplemente limitan la responsabilidad que se podría atribuir al proveedor conforme a lo establecido en otras normas del ordenamiento jurídico.

Es importante tomar partido sobre la polémica presentada frente a quienes consideran el papel de La ley 34/2002 como límite a la responsabilidad del ISP o como fundamento o sustento de la responsabilidad, PEGUERA POCH sostiene que “*(...) tampoco los artículos 14 a 17 LSSICE establecen reglas de atribución de responsabilidad, sino que únicamente fijan los requisitos exigibles para gozar de la exclusión de responsabilidad, sin que*

---

<sup>381</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Editorial Lex Nova. Chile. 2010. Hasta la aprobación de la LSSI, faltaba –a diferencia de lo que ocurre en otros sectores (seguridad en el trabajo, consumidores, etc.) – una específica obligación administrativa que determinase deberes de evitar el resultado lesivo. Ha sido precisamente esta norma la que ha introducido disposiciones que pueden ser relevantes por determinar la existencia de un deber jurídico de evitar un resultado delictivo. La Ley establece obligaciones vinculantes respecto de los responsables de los prestadores de evitar, mediante la supresión del acceso a la Red, la realización de una actividad delictiva.

<sup>382</sup> CERDA SILVA, Alberto. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Número 42. 2014. LÓPEZ JIMÉNEZ, David. La adhesión a los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico: valoraciones desde la posición de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Revista de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica. Vol. 29. Número 1. 2015.

*el incumplimiento de tales requisitos funcione como criterio de atribución de la misma. Los criterios de atribución de responsabilidad son los fijados en las normas generales y especiales en materia de responsabilidad y en la interpretación jurisprudencial de las mismas. Así, cuando un prestador de servicios lleva a cabo una actividad que no se ajusta a las condiciones exigidas para disfrutar de la exclusión, podrá ser declarado responsable si y sólo si existe una norma en nuestro ordenamiento que atribuye responsabilidad (sea civil, sea penal, sea administrativa) por razón de dicha conducta (responsabilidad por hecho propio); o bien que obligue a ese prestador a responder por los actos ilícitos de un tercero (el usuario) en atención a las circunstancias concurrentes y en particular en consideración a la relación que media entre el prestador y el tercero autor del acto ilícito (responsabilidad por hecho ajeno).<sup>383</sup>*

*En definitiva, la LSSI no viene a determinar la responsabilidad de los ISP, sino a limitarla* atendiendo, precisamente y a juicio de GALÁN MUÑOZ, al importante papel que las actividades y aportaciones de dichos sujetos desempeñan en el ejercicio de la libertad de expresión e información en la red<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> PEGUERA POCH, Miquel. ¿Inmunidad Para El Mensajero? La Protección Otorgada A Los Proveedores de Servicios De Internet En El Derecho Europeo y Español. En: Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año I, Nro. 2 Julio – Diciembre 2007, Bogotá, 2007. p. 50,51.

<sup>384</sup> “Este papel de intermediarios necesarios de la red, pone a los proveedores en una situación que, en principio, les permitiría impedir la comisión de conductas ilícitas o incluso delictivas de los usuarios de sus servicios, simplemente negándose a prestárselos. Sin embargo, para llevar a cabo dicha tarea de una forma efectiva, y aquí es donde se produce el conflicto, dichos intermediarios tendrían que ejercer un control sobre las conductas y comunicaciones que se realizan en este nuevo medio, que podría acabar con el anonimato y el secreto de las telecomunicaciones en Internet o que podría poner en entredicho otros valores fundamentales para todo Estado democrático de Derecho, como podría ser el del respeto a las libertades de expresión y de información”. Vid. GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit p. 76

La LSSI no crea posiciones de garante para los ISP. Limita su posible responsabilidad, lo que nos obliga a tener muy presente sus prescripciones a la hora de poder determinar qué responsabilidad se les podría imputar por la comisión de delitos contra la propiedad intelectual que se cometan gracias a sus servicios.

Precisamente por ello, una vez aceptado que limita la responsabilidad hay que delimitar como lo hace, si excluyendo de forma previa y autónoma de cualquier otra ley, cualquier responsabilidad o integrándose con el resto de normas que podrían servir para establecerla.<sup>385</sup>

El legislador, bajo el espíritu de la normativa comunitaria (...) más que establecer un régimen de responsabilidad de los intermediarios, lo que ha querido es garantizarles un territorio de irresponsabilidad, o meras exenciones de responsabilidad. Y es que, siguiendo al legislador comunitario, se pretende evitar el entorpecimiento en la prestación de estos servicios y la protección de los destinatarios que pueden ver lesionados sus derechos si existiera un deber general de supervisión que significaría un *“auténtico mecanismo de censura previa, al tiempo que pueden suponer el encarecimiento de estos servicios”*<sup>386</sup>. Incluso haría el internet inutilizable ¿cómo podría controlar el proveedor todo lo que subiesen sus usuarios?

---

<sup>385</sup> RUBÍ PUIG, ANTONI. Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. InDred. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. 2010. Ver Sentencia Tribunal supremo Número 316/2010 de dieciocho de mayo de 2010. Ponente JOSÉ RAMÓN FERRANDIZ GABRIEL.

<sup>386</sup> ACUM MALDONADO, Carolina. Responsabilidad De Los Prestadores De Servicios En La Sociedad De La Información. En: Revista de la Contratación Electrónica (RCE) Nro. 115 – Septiembre – Octubre 2011. Ed. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales. Madrid. 2011, p. 10,11.

Estas exenciones o régimen de irresponsabilidad tienen carácter horizontal, es decir, que se imponen sobre cualquier otra ley de la que pudiera derivarse una responsabilidad de los intermediarios. Interpretación que se desprende de la misma *ratio* de la norma del art. 13.1, que señala *“los prestadores de servicio de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”*. Esto significa, que el régimen responsabilidad (como exención) de la LSSICE se impone a cualquier otro (como la Ley de Propiedad del Honor, Intimidad personal y familiar, y propia Imagen), que pudiera interpretarse en el sentido de hacer responsable a uno de los intermediarios a que se refiere la LSSICE”.<sup>387</sup>

Aceptamos, precisamente por ello y como señala GALÁN MUÑOZ, que *“En definitiva, la LSSI es una ley que concreta y delimita los límites de lo generalmente permitido para los proveedores de servicios de Internet, con lo que cumple una función que nos permite entender que sus disposiciones, pese a no gozar de rango de Ley orgánica, podrán y tendrán que incidir de forma directa sobre la posible tipicidad de las conductas de dichos sujetos, convirtiéndose así en uno de los principales referentes normativos a tener en cuenta a la hora de delimitar cuáles de sus actuaciones tendrán que ser consideradas como completamente “neutras” y cuáles, por el contrario, generarán riesgos no permitidos, con lo que podrán llegar a ser típicas a efectos penales”*.<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> Ibídem.

<sup>388</sup> GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit p. 79

De modo que a efectos de la posibilidad de atribución de responsabilidad penal de algún delito para el ISP y en caso específico de un delito contra la propiedad intelectual en la modalidad del artículo 270. 2 CP, es absolutamente indispensable integrar la regulación limitativa de la actividad del ISP según el papel que desempeñe, lo que nos lleva a aceptar el criterio sustentado por GALÁN MUÑOZ, que partiendo de una perspectiva integradora de dicha norma con lo establecido en el resto del ordenamiento jurídico señala que *“(...) lo que a nuestro juicio hace la LSSI, es delimitar y concretar el nivel de riesgo generalmente permitido para cada uno de los proveedores de servicios en Internet, atendiendo tanto a las concretas peculiaridades técnicas que presenta su concreto servicio (...) Es por tanto, una regulación, que se integra perfectamente en la tipicidad de todos los delitos que se podrían imputar a dichos sujetos por la realización de su actividad, lo que la convierte en un referente normativo fundamental a la hora de concretar cuándo los distintos proveedores podrán llegar a recibir alguna responsabilidad penal, ya sea principal, ya sea accesoria, por los delitos que se hubiesen llegado a producir como consecuencia de la difusión de contenidos que se realizase gracias a sus servicios”*<sup>389</sup>

En consecuencia, es imposible desde nuestro punto de vista, analizar la conducta típica del artículo 270.2 CP sin tener en cuenta la Ley 34/2000, sin distinguir para cada caso concreto si estamos frente a operadores de redes y proveedores de acceso (proveedores de transmisión o acceso (art.14); proveedores de servicios de copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (proveedor Caching) (art. 15); Proveedores de servicios de

---

<sup>389</sup> GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit. p. 263

alojamiento o almacenamiento de datos (proveedores de host) (art. 16); proveedores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (proveedores de links o buscadores) (art. 17); de modo que respondiendo al subtítulo que da origen a este epígrafe sin duda el papel de la LSSI es fundamental para efectos de la posible responsabilidad penal del proveedor con contenidos ajenos que violenten los derechos de propiedad intelectual y que puedan asimilarse a la conducta explicada *supra* del 270.2 CP que constituye una de las principales novedades de esta reforma vigente a partir del 1 de julio de 2015 como delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos.

De hecho y como veremos, dado el importante papel que, como vimos desempeñan los suministradores de enlaces en los sistemas P2P habrá que prestar especial atención a las reglas delimitadoras de la responsabilidad de estos proveedores de servicios (proveedores de links o de buscadores) contenidas art. 17 LSSI), a la hora de definir y delimitar en qué casos podrá atribuirse responsabilidad penal a los distintos intervinientes en el empleo de los sistemas de P2P por la comisión de algún delito contra la propiedad intelectual; tema éste del que nos pasamos a ocupar a continuación.



#### **CAPÍTULO IV: LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LAS ACTUACIONES DE LOS DISTINTOS INTERVENIENTES EN LOS SISTEMAS P2P, POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.**

Los derechos de propiedad intelectual como propiedad inmaterial han entrado en un terreno de confrontación con las nuevas tecnologías, lo que demanda la necesidad del legislador de regularla en aras de la protección de los intereses de los creadores de las obras y, como no, de quienes, en la extensión de los derechos de explotación de sus obras, administran las mismas.

Internet es el campo de batalla en el que los nuevos usos de la propiedad intelectual a través de la red no tienen una significación clara para el mundo del Derecho. Así, por ejemplo, los actos de reproducción, comunicación o distribución de manera digital están amparados en determinados supuestos civil, administrativamente o, como nos interesa en nuestro caso, penalmente es controvertido, lo que lleva a que sea difícil definirse por liberalidad, es decir, por su realización sin consecuencias, ni civiles, administrativas ni penales bajo políticas de libre acceso de la información o por su restricción y represión.

En realidad, el asunto no se decanta tan tajantemente entre liberalidad y restricción porque hay verdaderos asuntos técnicos y de interpretación jurídica que obligan a analizar situaciones particulares en el desarrollo de la propiedad intelectual bajo el escenario de Internet, como son los intercambios de archivos entre pares iguales (las denominadas redes peer to peer o P2P) y la extensión o no de la responsabilidad a los proveedores del servicio (ISP) acorde con legislaciones que, como ya lo comentamos *supra*, proceden incluso

de imposiciones del orden inter- y supranacional en esta materia y que actúan como las alternativas o complementos al Derecho penal que van desarrollando la legislación y que se convierten en referentes de una posible política global que interviene estos fenómenos.

Resulta, por ello, pertinente realizar un análisis más detallado y concreto de las situaciones que se dan en los diferentes intervinientes en las redes peer to peer y de sus posibles responsabilidades.

Precisamente, por ello, y atendiendo a la descripción que hicimos anteriormente del funcionamiento de los diferentes posibles sistemas de P2P pasaremos a continuación a analizar las conductas que realizan los que constituyen sus dos primordiales sujetos activos. Por una parte, los usuarios que comparten y descargan archivos a través de dichos sistemas y, por otra, las conductas que realizan todos aquellos sujetos que ayudan a localizar o a acceder a los contenidos que dichos intercambian desde sus ordenadores.

## **1. Posible responsabilidad de los usuarios en redes peer to peer.**

La responsabilidad penal de los usuarios<sup>390</sup> por violar derechos de propiedad intelectual en redes *peer to peer* es un asunto no pacífico ni en la jurisprudencia ni en la doctrina española, máxime cuando los cambios legislativos constantes de los últimos años en la legislación relativa al tema por

---

<sup>390</sup> “Los usuarios de Internet son todas aquellas personas físicas o jurídicas, profesionales, estudiantes, consumidores, empresas u organismos que acceden a Internet y a sus aplicaciones. Estos sujetos pueden cometer infracciones de derechos de autor a través de las múltiples aplicaciones de Internet expuestas supra y en tal caso serán responsables por las infracciones de derechos de autor que comenta. Por tanto, los usuarios pueden ser directamente responsables y tal responsabilidad puede ser invocada por otros usuarios, por prestadores de servicios de Internet o por los propios autores y titulares de los derechos de autor infringidos” ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia. Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet. Op. cit., p. 114.

acoger Directivas que se ocuparon de la misma parecen ofrecer distintas soluciones que parecen contradictorias entre sí, pues parece que atendiendo a unas se predicará la responsabilidad penal del usuario que *“pone a disposición”* una obra protegida por derechos de propiedad intelectual sin ser el titular de derechos para ello y de otras, se derivará que dicha conducta es inocua para el Derecho penal, en tanto no se cumplen requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal<sup>391</sup>.

La responsabilidad del usuario hay que dilucidarla de cara al sistema p2p en el que participa, de modo que de manera breve debemos recordar el papel que dicho sujeto tiene en las diferentes redes.

En el sistema centralizado, recordemos que el usuario debe instalar un determinado software que permite que se compartan los archivos a través del servidor central, mediante la actualización permanente del listado de los archivos de los usuarios conectados en el proveedor central. Las solicitudes de archivos que realicen los usuarios van a dicho servidor y de allí se lleva al archivo solicitado por el usuario que se descarga directamente en el computador de éste<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> “Por último, los usuarios que participan en estas redes de intercambio de archivos no cabe duda de que realizan sin autorización dos tipos de actos que, como hemos visto antes, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los titulares de derechos de autor: la reproducción (art 18 TRLPI) y la comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público [art. 20.2.i) TRLPI]. No obstante lo anterior, el obstáculo que deben salvar los titulares a la hora de defender sus derechos es la identificación de quiénes son esos usuarios infractores, cuestión difícil de resolver teniendo en cuenta la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal”. LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. Piratería digital en el ámbito español e internacional, análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional. op. cit., p. 36 Acerca del tema ver: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal. España. Ed. Tecnos. 1990. CORNELLA, Alfons. Políticas de información en España .FUOC la Universidad virtual. Universidad Oberta de Catalunya. 2002. Págs. 117-188. GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín. Delito e informática: algunos aspectos del derecho penal material. Revista EGUSKILORE Nro. 20. San Sebastián. 2006. Págs. 197-215.

<sup>392</sup> FERNÁNDEZ QUIJADA, David. p2p: Nuevo paradigma (...) op. cit.

En el sistema semicentralizado, al no existir un servidor central, los computadores de los demás usuarios conectados al sistema obran como nodos, de modo que los archivos y las solicitudes de los mismos se tramitan dentro de los diferentes nodos, actuando por razones de proximidad, capacidad y condiciones algunos de los computadores a como súper nodos con el fin de permitir la más rápida ubicación y descarga de los archivos y, así mismo, servir de intermediario entre los nodos que no tendrían condiciones para hacerlo directamente, de modo que en estas redes tendremos unos usuarios que obran como pares y otros que obran como “súper pares”, pues sus equipos por condiciones técnicas obrarían como los súper nodos de la red.

En el sistema descentralizado, recordemos que todos y cada uno de los usuarios funcionan como clientes y como servidores. Esto quiere decir que cada nodo actúa como servidor y como usuario en la red, el trámite de las solicitudes de archivos y la localización de los mismos, es entre todos los mismos pares que conforman la red, sin depender ni de servidor central ni de súper nodos, de modo que todos los mismos usuarios se erigen como nodos de las conexiones y son los encargados de almacenar esa información.

Teniendo en cuenta que en todos estos casos, los intercambios que realizan los usuarios de las redes p2p implican la realización por su parte de downloading y uploading al mismo tiempo, éstas son las actividades que ameritan un análisis a continuación para definir si tienen cabida dentro en el delito del artículo 270-1.

## **1.2. Análisis de Conductas de downloading (reproducción) y uploading (comunicación pública).**

El *downloading* en los sistemas de P2P es entendido como aquella conducta del usuario que carga en su ordenador una obra digitalizada (ej. Canciones convertidas en archivos mp3) lo que, evidentemente, supone una reproducción, puesto que el sujeto fija en su ordenador la obra, de modo que hace posible su comunicación y también la multiplicación de la misma en copias<sup>393</sup>, lo que supone una conducta a su vez de comunicación pública susceptible, como la anteriormente citada de reproducción de ser subsumida en el tipo delictivo del art. 2701. CP; delito del que, precisamente por ello, nos pasamos a ocupar.

### **1.1.1. Con relación al 270.1 CP**

Como acabamos de ver, el usuario de la red puede actuar tanto como Downloader como Uploader, en el primer caso puede considerarse como una conducta de reproducción y en el segundo de comunicación pública.

Comenzando con la primera de las conductas la de reproducción lo primero que ha de plantearse es si la conducta de reproducción realizada por los usuarios de P2P que colocan un contenido de propiedad intelectual ajeno en su ordenador para compartirlo o se descarguen los que otros tienen en sus ordenadores puede ser considerada como ejemplo de la realización de una copia privada, lo que convertiría dicha actuación en autorizada y, por tanto, en completamente lícita y atípica.

---

<sup>393</sup> DE NOVA LABIAN, A. “*Delito*”, cit. nota n° 199, p. 236.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>394</sup>, manifiesta en relación con este tema, que con la última modificación de la LPI realizada con objeto de trasponer al Derecho interno la Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información, el límite de copia privada establecido en la Ley ha cambiado de redacción y no deja lugar a poder interpretar que los usuarios de redes P2P están amparados por dicho límite en cuanto a la reproducción de los archivos.<sup>395</sup>.

En tal sentido, hemos de destacar que conforme al nuevo tenor literal del art. 31 de TRLPI se pueda apreciar la realización de una copia privada de un contenido de propiedad intelectual y, por tanto, de una reproducción legal cuando se cumplan ciertos requisitos como son la ausencia directa o indirecta del fin comercial que la copia se realice de una fuente lícita, es decir, que ésta se haga a partir de una fuente lícita a la que se haya accedido legalmente y que no sea objeto de una utilización colectiva<sup>396</sup>, circunstancia esta última que evidentemente hace que los usos compartidos realizados en los sistemas P2P

---

<sup>394</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y otros. Las reformas de la ley de propiedad intelectual. Valencia. Tirant lo Blanch. 2006

<sup>395</sup> Art. 31 TRLPI: “Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación. c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio. 3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado: a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra. b) Las bases de datos electrónicas. c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99”.

<sup>396</sup> SÁEZ, Elena. Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (en homenaje al barón Gerhard Ernst Von Franckenau y al jurista sociólogo Georges Gurvitch. *Revista crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social*, n° 8 (2014), pp. 115-190, p. 163-164 en: <http://www.eumed.net/rev/historia/08/propiedad-intelectual.html> [visitado el 16.08.16]

queden al margen del sistema de copia privada, abriendo así las puertas a que puedan resultar penalmente relevantes

La conducta de uploading, por su parte, es la puesta a disposición de terceros de los archivos para el posterior downloading de otros usuarios.<sup>397</sup> Frente a esta conducta hay que partir de que el comportamiento es siempre ilícito, aun cuando se realice sin ninguna voluntad lucrativa, si se realiza sin permiso del titular. Ahora bien, para que dicho comportamiento sea delictivo sea necesario, además y entre otras cosas, que la conducta sea realizada con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de un tercero.<sup>398</sup>

De acuerdo con esto, solo habrá delito si existe contraprestación para el downloader o *uploader*, como sucederá, por ejemplo, respecto a este último caso si el sujeto cobra un precio por la descarga o inserta publicidad por la que cobra. En este supuesto habría un beneficio económico directo o indirecto que podría ser constitutivo de delito si se configuran los demás requisitos del tipo.<sup>399</sup>

En relación al uploader, hemos de señalar que no compartimos la posición de FARRÉ LÓPEZ cuando señala que partiendo de que de ninguna manera cabe calificar estos “intercambios” como “privados” o domésticos, puesto que, desde el punto de vista jurídico-penal, lo que hace el usuario es poner a disposición de una pluralidad indeterminada de individuos anónimos obras protegidas por propiedad intelectual para que cualquiera pueda “descargárselas” gratis en su ordenador, obteniendo a cambio la ventaja, el

---

<sup>397</sup> DE NOVA LABIAN, A. “*Delito*”, cit. nota n° 199, p. 236.

<sup>398</sup> DE NOVA LABIAN, A. “*Delito*”, cit. nota n° 199, p. 241.

<sup>399</sup> SAEZ ARJONA, ELENA “*Aspectos sociales, civiles y penales de (...)*”, cit. nota n° 435, p. 168.

beneficio, de acceder a otros muchos directorios en los que igualmente se contienen obras musicales y audiovisuales no licenciadas por sus derechohabientes, habría que considerar que siempre dicha conducta siempre sería, de una comunicación ilegal que podría encajar, a nuestro juicio, en el tipo del art. 270.1 del Código Penal<sup>400</sup>.

Frente a esta posición, tenemos que recordar que el 270.1 CP menciona expresamente el beneficio económico directo o indirecto, lo que supone la persecución de un enriquecimiento, no simplemente el ahorro de un gasto o costo, por lo que no puede entenderse simplemente la posibilidad de acceder a otros contenidos sin pago, obtener una copia sin pago, no puede ser equivalente a la explotación económica a que refiere la norma penal.

De una manera simple puede resumirse que el usuario descarga y comparte archivos no comprendidos dentro del concepto de copia privada, ni en el de comunicación doméstica del que habla el art. 20 TRLPI, al descargar y compartir de forma no permitida obras de propiedad intelectual, lo que abre las puertas a que dichas actuaciones sean punibles de cara al 270.1 CP si se cumplen los demás requisitos de dicha conducta.

En relación a la comunicación pública, parece evidente que ese derecho exclusivo se ve vulnerado toda vez que en la mayor parte de redes P2P los usuarios, a la vez que reproducen, ponen a disposición del público sus archivos, todo ello sin el consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>400</sup> FARRÉ LÓPEZ, Pedro. La Defensa del Derecho de Propiedad Intelectual (...) op. cit. pp. 8-10.



Sin embargo, se observaba como la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia, antes de la reforma de la LO 1/2015, se inclinaba a no perseguir penalmente dichas actividades, pues la posibilidad de actuar en España contra los usuarios de redes P2P por la vía penal había sido excluida, entre otras, por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, por entender que en esta práctica no se advertía un ánimo de lucro por parte de los usuarios, entendido éste como beneficio comercial que puede ser tanto directo como indirecto, tal como lo contemplaban las reformas realizadas al artículo 270 del código penal.

El tratamiento de esta situación por medio de la vía civil encontraba, sin embargo, su sustento en la Ley de Propiedad Intelectual, en tanto que los usuarios realizan conductas que vulneran derechos exclusivos de los titulares de la propiedad intelectual. Esta vía no parece tener problemas en cuanto a su viabilidad si no fuera porque para la interposición de una demanda es necesario identificar a la persona física o jurídica contra la que se pretenden ejercitar las acciones oportunas. Esta identificación pasa por saber desde qué ordenadores se comunican y reproducen las obras y quién está utilizando ese ordenador. Para conocer quién está detrás de la dirección IP correspondiente al ordenador desde donde se ha cometido la infracción, se debe primero localizar al proveedor de acceso a Internet y segundo solicitar a tal proveedor que comunique la identidad del usuario infractor.

Sin embargo, como se presentó en el caso *Promusicae contra Telefónica*, la obligación de comunicar los datos por parte de los prestadores de acceso únicamente surge en el marco de una investigación criminal, o para

la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional,<sup>401</sup> porque, como comenta GALAN MUÑOZ frente a algunas posturas que mantenían lo contrario, la legislación aplicable a la materia (La Ley de conservación de datos<sup>402</sup> “(...) *ha dejado completamente claro que las limitaciones de los derechos a la intimidad o a la protección de datos de las personas que se creen para prevenir, investigar o reprimir delitos graves, solo resultarán legítimas en la medida en que se establezcan para perseguir tal fin y no otro, y queden limitadas a las que resulten estrictamente necesarias para conseguirlo, sino que, además y al mismo tiempo, también ha señalado que tendrá que ser el regulador europeo que implante tales restricciones, y no el nacional, quien habrá de definir y establecer los criterios o elementos objetivos que tendrán que garantizar que las mismas no sobrepasen las barreras de lo que es estrictamente necesario hacer para alcanzar dicha finalidad*”<sup>403</sup>, requiriéndose

---

<sup>401</sup> MORENO, Javier Andrés. “Violación de los derechos de autor a través de redes P2P: ¿responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o de los miembros de las redes?”, *Rev. La Propiedad Inmaterial*, n° 14 (2010), pp. 261-276, p. 274-275, En: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2481>, (últ. Vis. 15.08.16). Mediante sentencia TJCE, Asunto C-275 del 2006, enero 29 del 2008, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se abogó por la privacidad de los usuarios de las redes P2P, ya que sus datos personales no pueden ser cedidos sin el consentimiento del interesado a una entidad privada, en virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales que protege no solo la propiedad y la tutela judicial efectiva sino también los datos personales y la intimidad. En esta misma línea en Francia, en el año 2006, el Tribunal Correctionnel de la Comuna de Bobigny profirió una sentencia en la que absolvió a un usuario P2P que compartía más de 12.000 archivos ilegales en la red. La decisión tuvo como fundamento la violación de la intimidad personal del acusado, lo cual ocurrió al momento de identificar y registrar su dirección IP, según su criterio, el proceso para descubrir al sindicado y obtener las pruebas de las descargas se hizo sin autorización de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), entidad administrativa encargada de proteger la libertad y privacidad informática. LEÓN, Edgar; VARELA, Eduardo; “Una colisión peer to peer: habeas data versus derechos de autor”, *Universitas*, n° 120 (2010), pp. 237-252, p. 244, En: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a10.pdf>. (Últ. Vis. 15.08.16).

<sup>402</sup> Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

<sup>403</sup> GALAN MUÑOZ, A: La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4754231> (Últ. Vis. 25 julio 2017)

entonces, que se trate bajo el marco de una investigación de carácter penal y bajo orden judicial.

El usuario o adquirente legítimo de una obra no puede, por lo tanto, poner lícitamente copias de dicha obra a disposición de otras personas mediante plataformas de intercambio, salvo que tenga autorización para ello o se trate de una obra de libre difusión o de dominio público<sup>404</sup>. Como es obvio, en muchos casos los usuarios de las redes P2P no disponen de ninguna autorización para compartir la mayor parte del material que circula por las mismas (películas de grandes o pequeñas productoras cinematográficas, fonogramas de compañías de discos, libros de editoriales, etc.), por lo que su actividad es ilegal y quedarán sujetos a la oportuna responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y perjuicios causados. Esta responsabilidad es perfectamente exigible por los titulares, si dichos usuarios son legítimamente

---

<sup>404</sup> “En principio, la descarga de un fichero puede quedar cubierta por la excepción de copia privada, pero no siempre, ya que las soluciones (el alcance de esta excepción) varían de un país a otro. Así, por ejemplo, en Alemania, una reciente modificación del art. 53 de la Ley de Propiedad Intelectual requiere expresamente –para poder ser calificada de «copia privada»– que la copia no haya sido hecha «de una fuente obvia mente ilegal», excluyendo así de la excepción de copia privada las copias realizadas mediante sistemas P2P. De forma similar, en Noruega, no existe copia privada cuando se ha realizado con la intención de ponerla posteriormente a disposición del público. En cambio, en Canadá existe desde 1997 una remuneración por copia privada –que incluye también las copias digitales– y que no requiere que la copia haya sido realizada de una fuente legal, de manera que cubre perfectamente las copias obtenidas mediante sistemas P2P –vid. *BMG vs. John Doe*, Corte Federal de Canadá, 2004 FC 488 (31 marzo 2004). Sin embargo, en apelación, –vid. *BMG Canadá Inc. vs. John Doe*, Corte Federal de Apelación de Canadá, 2005 FCA 193(19 mayo 2005), se concluyó que el tribunal había cometido un error al decidir que el intercambio de ficheros no constituía infracción de la propiedad intelectual. Y en Estados Unidos, la copia reiterada con fines de «intercambio» con otros usuarios no podría ser calificada de fair use bajo la sec. USCA. En cualquier caso, aparte de que la descarga quede o no amparada por la excepción de copia privada, no hay duda alguna de que se comete una infracción cuando los usuarios ponen los ficheros guardados en su PC a disposición del público (del público que tiene el programa P2P instalado en su PC, claro)” XALABARDER PLANTADA, Raquel. La Responsabilidad De Los Prestadores De Servicios En Internet (ISP) Por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas Por Sus Usuarios. En: Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año I, Nro. 2 Julio – Diciembre 2007, Bogotá, 2007, p. 12

identificados y tales daños cuantificados<sup>405</sup>, pero no siempre tendrá trascendencia penal.

A juicio de algunos autores, en estos casos también concurriría siempre el requisito del tipo penal, referido al perjuicio del tercero, por cuanto que, al considerar dicho elemento como un elemento subjetivo del tipo, no resultaba necesaria la concurrencia de un perjuicio efectivo ni la idoneidad lesiva de la conducta realizada para producirlo, sino simplemente que el autor del delito llevase a cabo la conducta guiado por la intención de vulnerar los derechos de propiedad intelectual.<sup>406</sup> Sin embargo, y como ya vimos, nosotros consideramos el elemento “en perjuicio de terceros” como un elemento objetivo del tipo que delimita la idoneidad lesiva de la conducta realizada con respecto al bien jurídico protegido con relación al delito, lo que determina que solo cuando la conducta realmente pueda llegar a afectar a intereses de explotación económica ajena podría llegar a ser típica.

Una vez verificado también este elemento, debe analizarse la actuación en cuestión que se realice en forma dolosa y con la intención de enriquecerse directa o indirectamente, como exige el art. 270.1 CP. GÓMEZ RIVERO<sup>407</sup> interpretando la conducta del usuario entre sí “carga” o “descarga” el archivo refiere que en la conducta de *uploading*, surgía la duda en torno a si en estos

---

<sup>405</sup> APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. El intercambio de Archivos en Redes de Pares a la Luz del Derecho Vigente. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Año 2005 – 2, Nro. 8, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005. p.70.

<sup>406</sup> CARBAJO CASCÓN, Fernando. Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual en internet. Revista de Internet, Derecho y Política. Número 15. 2012. RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio. Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. Anuario jurídico y económico Escorialense. Madrid. 2014. MORAIS GALLEGOS, José Pedro. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Implicaciones legales. Revista gallega do ensino. Número 48. 2006

<sup>407</sup> GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen. Hacia una nueva interpretación del delito publicitario. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Número 4. 1997

casos podía apreciarse realmente la concurrencia de la búsqueda del beneficio económico directo o indirecto.

Desde luego que pocas dificultades plantean dar una respuesta afirmativa en los casos en que el sujeto buscara una contraprestación inmediata por su conducta, aunque dentro de la vasta fenomenología de casos que se pretendieron meter entre dichos casos, algún autor intento incluir, equivocadamente a mi modo de ver, la eventual ventaja que en la descarga de archivos obtendría el usuario por haber puesto a disposición del resto un mayor volumen de obras<sup>408</sup>.

Según tuvimos ocasión de sostener, con carácter general, para todos los supuestos en que se plantee un delito de explotación económica no autorizada de la propiedad intelectual, existe un mayoritario entendimiento restrictivo del enriquecimiento directo que quedará ceñido a la apreciación de la búsqueda de un incremento patrimonial derivado de la explotación comercial y no del posible ahorro que su uso pudiese generar<sup>409</sup>.

En la base de esta postura, entre otras cosas, suelen estar razones relacionadas con la conveniencia de sostener una interpretación restrictiva de dicho elemento atendiendo a la peculiaridad de los bienes jurídicos sobre los

---

<sup>408</sup> Esto lo entendía PALMA HERRERA, como un beneficio económico, Vid. PALMA HERRERA, JOSE MANUEL. Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del derecho penal. En: Estudios Penales en homenaje al profesor Cabo del Rosal. QUINTANA DIAZ, Manuel. (coord.) Ed. Dikynson Madrid, 2001 pp. 671-687.

<sup>409</sup> Baste recordar la imposibilidad de fundamentar el castigo penal sobre la base de la presunción de que con cada descarga ilegal de archivos se deja de comprar el ejemplar original, algo por lo demás altamente cuestionable en determinados sectores de usuarios. Es, en efecto, bastante elevado el porcentaje de casos en que las descargas se realizan por mera curiosidad o, ya específicamente en relación con los discos, se trata de descargas de canciones aisladas, no de todo el CD, de modo que presuponer por ello, sin más, que el autor de la creación resulta perjudicado por dejar de vender el material sería más que discutible. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Análisis de las reformas penales. Presente y futuro. Documento TOL5.186.305. Marzo 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.tirantonline.com> pp.122

que recae la conducta. Recordemos por lo demás que esta interpretación, aun no siendo unánime, fue la sostenida por la Circular de la FGE 1/2006 con respecto al viejo elemento típico del ánimo de lucro exigido por la derogada normativa penal protectora de la propiedad intelectual. No podría reconducirse, por tanto, al ánimo de un beneficio económico directo requerido por el precepto la simple pretensión, propia de quienes practican el intercambio de archivos en la red, de obtener materiales amparados por los derechos de autor a cambio de la puesta a disposición del resto de los usuarios de otros contenidos protegidos<sup>410</sup>.

La cuestión ahora y tras la reforma del art. 270.1 CP se centrará en torno a la delimitación del alcance del elemento relativo al ánimo de beneficio económico indirecto<sup>411</sup>,

¿Obtener una mayor cantidad de descargas al compartir o comunicar públicamente una obra o prestación protegida por los derechos de propiedad

---

<sup>410</sup> PALMA HERRERA es de una posición contraria que no compartimos, para este autor: "(...) las redes P2P de intercambio de archivos tienen como filosofía el brocardo latino *do ut des*, es decir, "te doy para que me des". Y en efecto, los programas informáticos que gestionan el intercambio de archivos y permiten el acceso a estas redes, si bien no impiden que pueda llegar a descargar aquél que ningún material ofrece, sí que establecen privilegios para quienes mayor número de archivos informáticos (...) ponen a disposición del resto de usuarios. Existe un sistema de bonus por descargas permitidas, de manera que cuanto mayor sea el número de éstas, mayores serán las ventajas para el usuario de la red que ofrece este materia (...) Por, tanto, no es correcto afirmar que quien distribuye material protegido por derechos de propiedad intelectual no obra buscando provecho, ventaja o utilidad propia (...)" En: PALMA HERRERA, José Manuel, Las redes P2p de intercambio de archivos desde la perspectiva del derecho penal. Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Ed. Dikynson, Madrid, 2015. P. 678. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. En: Revista Penal. Julio, 2009, no. 24, p. 90-107. . SIMÓN ALTABA, Marc. La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos. Número 2. 2014

<sup>411</sup> En referencia mirar: GALLART, Núria. Reflexiones ante la transposición de la directiva 2001/29/CE, relativa a los derechos de autor en la sociedad de la información. Instituto andaluz de Patrimonio Histórico. Revista PH. Número 38. 2002. PUENTES MARTÍNEZ, Pablo. Responsabilidad derivada tras la extinción del contrato de puesta a disposición. Revista electrónica el Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja. Número 12. 2014. PUENTE ALBA, Luz María. El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual. Revista Penal. Número 21. 2008

intelectual desde el computador del usuario determina el beneficio económico indirecto del 270.1 CP? ¿Tendría cabida en dicho ánimo la búsqueda por parte del usuario de P2P de tener acceso o reproducir para uso propio más obras de propiedad intelectual o, como sostenía en su día PALMA HERRERA<sup>412</sup> la pretensión de poder descargar más rápido dichas obras al compartir mayor número de obras? A nuestro modo de ver, y como hemos anticipado tampoco eso es factible, ya que, pese a que la nueva descripción delictiva amplía el tipo de este delito a actuaciones en las que la búsqueda del incremento patrimonial no se derive directamente de la explotación ilícita de la propiedad intelectual realizada, sino de otra actividad paralela beneficiada por su ejecución (p. ej. publicidad), ello no supone que tengan cabida en el mismo los actos que lejos de buscar obtener incrementos patrimoniales (beneficios), simplemente buscan un ahorro o una más rápida obtención de dicho ahorro.

Ahora bien, una vez ampliada la responsabilidad penal en estos supuestos a los casos en que pueda apreciarse una contraprestación indirecta, el problema se traslada, de nuevo, en la práctica al de la prueba, de la realización efectiva de la conducta de la que trae causa. Por otra parte, allí donde estos extremos llegaran a probarse, hasta tanto no se colmase la totalidad de los requisitos típicos la calificación habría de ser la de un delito intentado, no consumado.

Pensemos en el caso del usuario que introduce archivos de forma dolosa, no autorizada y con ánimo de enriquecerse mediante la publicidad que añadió a los mismos, en su carpeta al configurar el programa P2P. En tanto

---

<sup>412</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Las redes P2P de intercambio de archivos. Op. cit.

que efectivamente no se conecte al programa de intercambio, no podrá decirse que haya realizado un acto de comunicación pública. Sólo cuando por el contrario fuera ese el caso podría afirmarse la existencia de un delito, cuya existencia, ahora sí, sería independiente de que algún usuario llegara o no efectivamente a bajar los archivos por él ofertados, ya que, como vimos, bastará con la realización de dicha conducta lesiva para poder apreciar la consumación de este delito. A esta consideración lleva la comprensión de los actos de comunicación pública que hemos sostenido, conforme a la cual la conducta sólo requiere que los archivos lleguen a estar efectivamente a disposición del público, con independencia del acceso real de éstos a aquellos.<sup>413</sup>

Respecto a la conducta del usuario que simplemente se baja o descarga de la red una obra downloading de nuevo, la respuesta a la cuestión en torno a si la conducta de *downloading* puede dar lugar a responsabilidad penal depende también de que se actúe con la finalidad del beneficio económico directo o indirecto y de que la actuación tenga lugar en perjuicio a tercero<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> GIL GIL, Alicia y FERNÁNDEZ, Carlos Martín. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su licitud. INDRED Revista para el Análisis del Derecho. Número 2. 2009. MORENO MUÑOZ, Miguel. Propiedad intelectual, seguridad y control de las comunicaciones en Internet. Impacto sociocultural del fenómeno Megaupload. Gazeta de antropología. Universidad de Granada. 2012

<sup>414</sup> GÓMEZ RIVERO, M. Los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial. La Tutela Penal Sobre los Derechos de Bienes Inmateriales. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.p. 150 - 178. SAÉZ ARJONA, Elena, expresa que: “en la descarga de archivos de obras protegidas (downloading) nos encontramos ante una conducta de reproducción tanto en el supuesto de descargas directas como a través del sistema P2P, con la particularidad en este último supuesto que el usuario que descarga un archivo, está obligado a compartirlo durante el tiempo en que está realizando dicha descarga. Para realizar un examen de su ilicitud y tipicidad es necesario determinar si la reproducción está amparada por el concepto de copia privada, por lo cual hay que partir del límite que establece el art. 31.2 de la LPI. La copia privada lo ha de ser de obras, efectuándose en cualquier soporte, ya sea analógico o digital. Debe ser efectuado por persona física para su uso privado, que ha de entenderse por contraposición al «uso colectivo», y sólo a partir de obras a las que se hay accedido legalmente. Finalmente, la copia



En relación con el beneficio económico directo o indirecto podemos reproducir en buena medida las consideraciones realizadas al hilo del estudio de los supuestos anteriores para concluir descartando la concurrencia de este elemento allí donde la única finalidad del usuario sea la de procurarse la descarga de archivos (canciones, músicas, juegos, etc.) sin tener que comprar el correspondiente ejemplar original.<sup>415</sup>

En suma, solo si las conductas analizadas se ejecutan dolosamente y como el ánimo de enriquecerse directa o indirectamente, esto es cuando el sujeto cobra por poner los archivos a disposición de tercero, o de manera indirecta, cuando pone anuncios o publicidad por la que obtiene un beneficio económico, y distribuye los archivos que tiene disponibles. Pero, si la conducta habitual es solo poner los archivos a disposición para poder bajarse otros, no puede considerarse que el mero ahorro del dinero que debería haber pago por dichos archivos pueda considerarse como un objetivo que permita apreciar la intención de enriquecerse directa o indirectamente que exige el artículo 270.1 CP.

Habría que añadir todavía un argumento más tendente a descartar la tipicidad de la conducta, manejado en ocasiones por la jurisprudencia, atinente a la necesidad de restringir la intervención penal en atención a parámetros

---

obtenida no podrá ser objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, lo que implica que no tendrán acceso a ella una pluralidad de personas fuera del ámbito estrictamente privado o familiar, ni se puede sacar con ella un beneficio económico. SÁEZ ARJONA, Elena, "Aspectos", cit. nota nº436, p. 163.

<sup>415</sup> LÓPEZ MAZA, Sebastián. Idas y venidas de la "Ley Sinde" comentario a la disposición final 43ª de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Revista Jurídica de la Universidad autónoma de Madrid. Número 23. 2011. GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, José Raúl. La responsabilidad jurídica derivada de la distribución de obras a través de programas p2p y streamchannels. San salvador. 2011. PORCELLI, Adriana Margarita. Los bienes digitales y el derecho de autor en Internet. La denominada "piratería informática." Revista del Departamento de Ciencias sociales. Universidad Nacional de Lujan. Vol. 2. Número 3. 2015

relativos a la valoración social de la conducta. En este sentido merece la pena recordar la ya citada Sentencia del Juzgado de lo penal de Santander de 14 de julio de 2006, dictada en relación con la conducta de quien obtenía copias de álbumes musicales a partir de sistemas de descargas de archivos de Internet para intercambiarlas con otros usuarios. En palabras del Tribunal, proceder al castigo de estas conductas *"implicaría una criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos"*.<sup>416</sup>

Tal comprensión podría conducir a conclusiones que aunque se estimen más satisfactorias desde el punto de vista político criminal, serían criticables, pues estamos en todo caso ante conductas graves para los titulares del derecho de propiedad intelectual en cuestión, si bien resulta necesario respetar también en esta materia las exigencias derivadas del principio de *proporcionalidad e intervención mínima* que rigen la intervención del Derecho penal.

Con ello, podría aclararse que la "descarga" por parte del usuario de la obra protegida en sí misma no es típica ni mucho menos punible. Lo punible acorde con el dolo requerido, el beneficio económico directo o indirecto y el perjuicio de un tercero, desde el punto de vista del usuario es lo que pueda hacer con dicha obra "descargada" una vez la tenga bajo su dominio. Esto es, si posteriormente la reproduce, la distribuye, la comunica públicamente o la explota económicamente de cualquier otro modo con intención de enriquecerse. Solo entonces estaría cometiendo una conducta punible conforme el artículo 270.1 CP. Es posible, por tanto, perseguir algunas de las

---

<sup>416</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes. Editorial LEX NOVA. Valladolid. 2011

actuaciones de los usuarios del p2p por el 270.1 CP, pero incluso con respecto a ellas, no se debe olvidar que un sector de la doctrina pretende restringir su relevancia típica afirmando que su realización constituye meros actos tolerados socialmente (lo cual es discutible), cuya relevancia, de cualquier modo, podría haber llegado a excluirse si su realización era considerada como constitutiva de un delito de bagatela; posibilidad ésta que, sin embargo, el legislador parece haber querido limitar, tras la última reforma, a los casos que pueden ser subsumidos para los delitos leves del art. 270.4 CP, cuyos tipos privilegiados, como vimos, no son aplicables a los casos de reproducción o comunicación pública, por lo que no pueden aplicarse a los supuestos aquí analizados<sup>417</sup>.

### **1.1.2. Posible relevancia penal Conductas de Los Proveedores de enlaces involucrados en los P2P**

Hechas las consideraciones anteriores sobre la relevancia de las conductas de los usuarios de cara al 270.1 CP, podemos pasar a analizar la posible relevancia de las actuaciones realizadas por aquellos que no simplemente actúan como usuarios, sino que prestan servicios de cómo verdaderos intermediarios de la red convirtiéndose en proveedores, como sucede con los que dan servicios de enlaces.

En efecto la conducta de quienes suministran en las llamadas web de enlaces “carga” (uploading) una obra o prestación literaria, artística o científica,

---

<sup>417</sup> Puede presentarse casos en los que en efecto el usuario cobra por la puesta a disposición de las obras, lo que verificaba en su momento el ánimo de lucro, pero que la misma jurisprudencia excluía de su relevancia precisamente por considerarlos de delitos de bagatela a partir de la escasa cuantía, pero a la luz de la normativa vigente, no sería posible, porque los actos de poca relevancia económica están recogidos precisamente en el tipo privilegiado del 270.4.

o su transformación, interpretación o ejecución artística (los proveedores de enlaces) y también de los que actúan como nodos que localizan los archivos que se comparten en los distintos ordenadores del sistema de P2P, deberán ser analizadas, a nuestro modo de ver a la luz de la nueva normativa referida al nuevo delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos del artículo 270.2 CP que recordemos castiga con la misma pena que el delito contemplado en el apartado 1 del mismo artículo *“...a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”*.

Es necesario precisar que, en este caso, atendiendo a lo que expresamente señala el art. 2 b de la Directiva 2000/31/CE en estos casos el sujeto que realiza este tipo de conductas asume el papel de prestador de servicio, ya que los ISP no son sólo las personas jurídicas sino también las personas físicas, pudiendo estas últimas llegar a recibir responsabilidad penales, conforme a lo establecido en el art. 270.2 CP cuando:

- Dicha facilitación del acceso o de la localización sea activa y no neutral, sin limitarse a un tratamiento meramente técnico.

- Que tenga potencialidad lesiva para causar perjuicios a un tercero, en estos casos el titular de los derechos de explotación o de los derechos conexos al mismo.
- Que dicha actividad se realice de manera dolosa, esto es, debe efectuarse teniendo conocimiento y voluntad de estar facilitando el acceso o localización no autorizadas en internet de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual.
- Tiene el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. Es decir, que a través de su actividad persiga un incremento económico en su patrimonio bien por el cobro directo de una tasa o cuantía económica por el acceso a la información, bien por los beneficios indirectos que obtenga por su intermediación, esto es, no cobra una tasa, pero obtiene ingresos por publicidad debido al alto flujo de visitas.

Bajo los anteriores requisitos el proveedor podría responder de manera autónoma y directa, como autor del delito del 270.2, CP pero con base a los mismos requisitos mínimos, con lo que no podría ser típica su actuación cuando:

- Quien presta una labor meramente automatizada de intermediación en la sociedad de la información, podrían aplicársele los criterios de no actividad y neutralidad y por tanto su actuación no punible, lo que comúnmente sucedería , por ejemplo, con quienes prestan actúan como proveedor central de

los servicios P2P centralizados, ya que suelen prestar sus servicios de forma automatizada y no activa

- Cuando no exista ni siquiera riesgo de lesión patrimonial mediante la conducta realizada, como acontecerá cuando se enlacen contenidos que se ofrezcan en abierto o que ya no está protegido por los derechos de explotación de la propiedad intelectual), ya que ello determina que no concurra el perjuicio de tercero exigido como elemento objetivo del tipo del 270.2 CP.
- La conducta no se ejecute con dolo directo, es decir, cuando se efectúe con imprudencia o dolo eventual, como sucederá, en muchos casos con los usuarios que actúan como nodos o supernodos, sin saber realmente que lo hacen y localizan y dan acceso a archivos en los ordenadores de otros usuarios.
- No se actué con ánimo alguno de obtener un enriquecimiento directo o indirecto, como sucederá, por ejemplo, cuando el servicio se haga de forma completamente gratuita y sin obtener ningún incremento patrimonial., lo que sucede también en la mayoría de las conductas efectuadas por usuarios que actúen como nodos, ya que ni cobran nada por su actuación, ni se enriquecen de forma indirecta por la realización de la misma, sin que, como hemos visto, pueda considerarse que el ahorro que conlleve el poder de sacarse archivos ajenos pueda ser considerado como un beneficio cuya persecución podría ser delito.

Así pues, parece que la principal conducta relativa a los P2P que podrá ser típica de este delito será aquella que realicen quienes creen páginas en las que de forma activa se recopilen y ordenen listados de enlaces de archivos compartidos en dichos sistemas, que realicen dicha conducta:

1º sabiendo que sus enlaces remiten a contenidos protegidos, cuya explotación económica le corresponde a un tercero,

2º lo hagan sabiendo que los mismos han sido difundidos y son enlazados sin la autorización de su titular, lo que puede incrementar el quebrando económico que dicha difusión le puede ocasionar.

3º actúen con intención de enriquecerse mediante dicha conducta, bien directamente (p. ej. cobrando por el acceso o el uso del listado de enlaces), bien indirectamente, (p. ej. obteniendo un beneficio por publicidad por cada visita a la web donde tuviese el listado de enlaces<sup>418</sup>)

Hay que destacar, finalmente que el nuevo artículo 270. 2 CP, vigente desde el 1 de Julio de 2015, convierte en delito autónomo lo que, a nuestro modo de ver, antes era una posible conducta de cooperación en la conducta de comunicación pública realizada por un tercero. haciendo que quienes realizan esas conducta pasen a ser considerados como verdaderos autores del nuevo delito del art. 270.2 CP y no como simples partícipes del contenido el en primer apartado de dicho artículo<sup>419</sup>; calificación que no puede verse restringida conforme a lo establecido en el art. 30 CP, ya que ni se puede tener al

---

<sup>418</sup> “Como fácilmente se puede comprobar, ello supone que nos encontremos ante un delito específicamente dirigido a los prestadores o proveedores de servicios en Internet y de forma más concreta a aquellos que suministran, los que permiten a sus usuarios localizar contenidos ajenos que dichos proveedores no almacenan en sus servidores” GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016 , p. 250

<sup>419</sup> CASTRO ACOSTA, Raúl. Delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet tras la reforma de la L.O. 1/2015. Repositorio Universidad de Oviedo. 2015.

proveedor por cómplice, ni su actuación es análoga a ninguna de las que se enumeran en el sistema de responsabilidad en cascada del segundo apartado de dicho artículo, pero que, sin embargo, quedará condicionada a que la actuación realizada no pueda considerarse como neutral, lo que nos obliga a tener que analizar a continuación como actuará la Ley de servicios de la Sociedad de la información en la valoración como permitida o no de la prestación del servicio suministrado.

## **2.2. De la responsabilidad penal del Proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes peer to peer.**

A la hora de valorar la posible relevancia jurídica de las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos (proveedores de links o buscadores) hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 17 de la LSSI<sup>420</sup>

Este precepto, establece que dichos intermediarios de la red no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus

---

<sup>420</sup> Artículo 17 Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.



servicios, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; o que, teniendo este conocimiento efectivo, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente<sup>421</sup>.

A efectos de estas dos últimas previsiones, hay que señalar que, pese a que la LSSI establece que dicho conocimiento efectivo solo se apreciará cuando el proveedor tenga conocimiento de la existencia de una declaración emitida por el órgano correspondiente que declare la ilicitud del contenido enlazado u ordene su retirada<sup>422</sup>, existe una regla especial de adquisición de

---

<sup>421</sup> sino cuando “actúe con diligencia” para lograr dicho bloqueo o eliminación; expresión que, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto el hecho de que tales prescripciones no tratan de obligar ex novo al proveedor a tener que borrar o bloquear el contenido ajeno cuya licitud hubiese llegado efectivamente a conocer, sino que sólo pretenden fijar el modo en que dicho sujeto tendrá que cumplir con dicha obligación (cuando la tuviese), para poder continuar exento de cualquier posible responsabilidad jurídica por su actuación. GALAN MUÑOZ, Alfonso. Libertad de expresión...op. cit. p. 123

<sup>422</sup> “Por otra parte, si prestamos un poco de atención a lo dispuesto por los art. 16.1 y 17.1 de la LSSI, nos percataremos de que dichos preceptos van a mantener dentro del ámbito de lo generalmente permitido a todas las prestaciones de servicios de almacenamiento y de enlaces que se hubiesen efectuado sin tener conocimiento de que “...un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se Por otra parte, si prestamos un poco de atención a lo dispuesto por los art. 16.1 y 17.1 de la LSSI, nos percataremos de que dichos preceptos van a mantener dentro del ámbito de lo generalmente permitido a todas las prestaciones de servicios de almacenamiento y de enlaces que se hubiesen efectuado sin tener conocimiento de que “...un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se Por otra parte, si prestamos un poco de atención a lo dispuesto por los art. 16.1 y 17.1 de la LSSI, nos percataremos de que dichos preceptos van a mantener dentro del ámbito de lo generalmente permitido a todas las prestaciones de servicios de almacenamiento y de enlaces que se hubiesen efectuado sin tener conocimiento de que “...un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución...”. GALAN MUÑOZ, Alfonso. Libertad de expresión...op. cit. pp. 115-116. De acuerdo con DE NOVA LABIAN, Alberto. En relación a lo establecido en la LSSI existe una división doctrinal respecto de la responsabilidad de los prestadores de servicios. Por un lado, están quienes consideran que son responsables legalmente de la información que faciliten o por la actividad que realicen cuando tengan conocimiento efectivo de que ésta es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización. Al contrario, existe otro sector doctrinal que se suma a lo establecido en los artículos 16 y 17 LSSI que expresa, que el prestador tiene conocimiento de dichas circunstancias cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, o se hubiere declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución. Frente a este conflicto, surge la

dicho conocimiento establecida en el artículo 158 ter TRLPI añadido por el art. 1.20 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, específicamente referida al suministro de enlaces referidos a obras de propiedad intelectual.

En dicho artículo se regula el procedimiento que puede realizar la sección segunda de la comisión de propiedad intelectual en salvaguarda de los derechos en el entorno digital, específicamente para los ISP que vulneren derechos de propiedad intelectual, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica, entre los cuales se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

Se afirma entonces que el procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio, debiendo éste aportar junto a la misma una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor solicitando la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, siendo suficiente dirigir dicho

---

consideración por parte de la doctrina de la figura de los *“actos neutrales”*, que indica, en el caso del prestador de servicios que aloja en su servidor una página web con actividad delictiva, pero sin que exista una declaración de ilicitud de la actividad o del contenido, puede entenderse que se trata de un *“acto neutral”*, frente al cual no existiría tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado. DE NOVA LABIAN, Alberto. *“Delitos”*, cit. nota n° 199, p. 245.

requerimiento a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo.

Lo importante a los efectos que nos ocupan, es que inmediatamente a continuación se establece que dicho requerimiento previo, realizado por el afectado, **podrá considerarse cuando proceda, a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información**<sup>423</sup> De este modo, nos encontramos con que el requerimiento del particular afectado podrá abrir las puertas a que se aprecie aquel conocimiento efectivo que abriría las puertas de la responsabilidad al ISP conforme a lo establecido en la Ley 34/2002

Teniendo en cuenta lo anterior se abren las puertas a la responsabilidad penal de los proveedores de enlaces por el delito del que venimos hablando desde el mismo momento en que se constate que se había producido la referida comunicación efectuada por un particular y el proveedor no hubiese procedido diligentemente a retirar el contenido en cuestión. Desde ese mismo momento, su conducta ya no será neutral, con lo que podrá ser típica del delito del art. 270.2 CP. Ello previsiblemente llevará a que todos los proveedores retiren los enlaces tan pronto como se realice dicho requerimiento por parte de cualquier sujeto, sin tener que realizar mayor comprobación de la realidad de lo

---

<sup>423</sup> GUARDIOLA GARCIA, Javier. La responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE, p.7.

que en el mismo se afirmaba, efecto que ha sido criticado duramente por una parte de la doctrina sobre todo en relación al efecto que puede tener en otros proveedores (p. ej. los de almacenamiento, ya que considera que dicho mecanismo legislativo impide que la LSSI actúe como el instrumento normativo fomentador de la libertad de expresión e información que debe ser, planteando una limitación desproporcionada de dichos derechos que los defensores de esta consideran como inconstitucional<sup>424</sup>.

Por otra parte, el 17.2 establecen otra posible causa determinante de la superación del riesgo permitido general otorgado a los proveedores de enlaces. En concreto, la existencia de una relación de dirección, autoridad o del proveedor de enlace sobre la actividad realizada por el usuario cuyo contenido ayudó a localizar; relación que tiene que preceder o concurrir en el tiempo con la conducta difusora realizada por el usuario y, además, ha de estar directamente vinculada con ella<sup>425</sup>, algo que no suele suceder en los supuesto

---

<sup>424</sup> “O se demuestra que llegaron a tener un “conocimiento efectivo” de que los contenidos que enlazaban eran ilícitos o lesivos de derechos (artículo 17.1 LSSI), situación esta última que, sin embargo y conforme a lo establecido en el nuevo artículo 158 ter. 3. TRLPI, se podrá considerar producida en relación a los casos que nos ocupan, por el mero hecho de que el proveedor en cuestión llegase simplemente a conocer el requerimiento de retirada que le hubiese enviado el titular del derecho violado, lo que supone una excepción a la exigencia general de conocimiento de la existencia de la resolución emitida por el órgano competente que declare ilegal u ordene la retirada del contenido en cuestión (artículo 17.1.a), que plantea serias dudas de constitucionalidad, ya que abre las puertas a que dichos requerimientos puedan llegar a ser utilizados como instrumentos que disuadan o desalienten a los referidos proveedores a la hora de desempeñar el papel que necesariamente están llamados a jugar para garantizar el ejercicio de las libertades fundamentales de expresión e información en la red”. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La reforma penal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en quintero olivares... op. cit. pp. 601-602

<sup>425</sup> “Así, y en primer lugar, hemos de señalar que si nos atenemos al tenor literal de los artículos 16.2 y 17.2 LSSI, podremos apreciar que se excluye de la exención general de responsabilidad contenida en el primer apartado de dichos preceptos son aquellos supuestos en los que el destinatario del servicio, es decir, el usuario transmisor de la información en cuestión, hubiese realizado su actuación “bajo la dirección, la autoridad o el control del prestador”, expresión legislativa de la que se deduce que la relación que ha de mediar entre el proveedor y su usuario, para que el primero pueda recibir algún tipo de responsabilidad jurídica por sus servicios, debe ser previa o al menos concurrente a la conducta de este último” GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit. pp. 102 - 103

de difusión ilícita de contenidos en P2P, por lo que tiene escasa relevancia a la hora de evaluar la posible relevancia típica de las actuaciones de los proveedores de enlaces en dichos sistemas.

Aplicando los puntos de acuerdo de cara a establecer la tipicidad del nuevo artículo 270.2 CP vigente desde el primero de julio de 2015, como delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos, tendremos que decir de manera contundente que la prohibición penal se ve restringida con la verificación eficiente de los requisitos del artículo 17 de la ley 34 de 2002 sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que nos establece cuando el proveedor de enlaces a contenidos quedaría exento de responsabilidad por el hecho ajeno de un tercero, con lo que no podría incurrir en responsabilidad alguna quien, pese a enlazar contenidos de forma activa, no autorizada, perjudicial dolosa y con ánimo de beneficiarse directamente o indirectamente no supere los límites definidos por la citada ley.

Dichos límites como se defendieron son:

- Que los contenidos no hubiesen sido suministrados por un sujeto que actuaba controlado, dirigido bajo la autoridad del proveedor de enlaces.
- Que el servicio no se prestó teniendo un “conocimiento efectivo” de que los contenidos enlazados eran ilícitos o lesivos en este caso de derechos de propiedad intelectual o no se mantuvo, de forma negligente, tras haber obtenido dicho conocimiento, conocimiento efectivo que se adquirirá a partir de tener noticia de la orden de retirada de los contenidos que para el caso podría llegar incluso por una autoridad administrativa como la comisión

de propiedad intelectual o de la comunicación remitida por el interesado de la que habla la LPI<sup>426</sup>.

La exigencia del conocimiento efectivo se convierte, así, en el punto nodal que permite determinar la posible responsabilidad penal del proveedor de enlaces a contenidos ajenos en los sistemas P2P, porque dicho sujeto puede de manera autónoma y activa crear un listado de enlaces, por ejemplo, para llevar a obras protegidas por derechos de propiedad intelectual a sabiendas que una autoridad competente ya había ordenado la retirada o bloqueo de las mismas.

Ahora bien, el proveedor que realiza su tarea de suministrar enlaces de manera automatizada y neutra en la red no puede ni siquiera llegar a tener asomo de responsabilidad penal, porque la LSSI no pretende un *provider* de enlaces controlador de los contenidos de la Red, ya que ello podría incluso afectar otros derechos fundamentales de los usuarios como la libertad de expresión y de información. Ahora bien, el legislador tampoco quiere un *provider* de enlaces que de manera activa, voluntaria y decidida enlace a obras protegidas por derechos de autor sin contar con la respectiva autorización de los titulares o cesionarios de estos derechos y otros requisitos subjetivos que obliga a analizar el tipo penal.

Por ello, entre tanto el proveedor de enlaces no ayude a difundir contenidos ajenos que conoce previa y efectivamente que son vulneradores de derechos de propiedad intelectual, obras que incluso pueden ser distribuidas

---

<sup>426</sup> Artículo 158 ter. Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital. Se añade por el art. 1.20 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Ref. BOE-A-2014-11404.

por los usuarios a través de sistemas de redes *peer to peer*, no podrá tener responsabilidad alguna. Así lo ha reconocido de hecho la misma jurisprudencia de los tribunales que ha entendido que, conforme al artículo 17 de la LSSI, el proveedor de enlaces tendría que tener control, autoridad o dirección sobre la conducta del usuario que se beneficia de sus servicios o el conocimiento efectivo que hemos explicado anteriormente para poder recibir responsabilidad por su actuación.<sup>427</sup>

Concluyendo con GÁLÁN MUÑOZ, sobre el papel de la LSSI para el establecimiento de la posible responsabilidad penal del proveedor de servicios de enlaces en la sociedad de la información, hemos de señalar que su actividad solo podrá generarle responsabilidad penal cuando preste activamente o mantenga indebidamente sus servicios con respecto a los contenidos procedentes de un tercero, estando inmerso en algunas de las relaciones que le excluyen del régimen privilegiado de responsabilidad de la LSSI o actuando con el conocimiento efectivo que hemos referido anteriormente, lo que restringirá significativamente el número de conductas efectuadas en los sistemas P2P que podrían llegar a adquirir relevancia típica<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> Ver entre otras: Sentencia del tribunal supremo de febrero de 2011. Tribunal Supremo sentencia 316/2010. Tribunal Supremo sentencia 1441/2013. Audiencia Provincial de Madrid sentencia 11/2014. Sentencia del Tribunal de Justicia del 13 de mayo de 2014

<sup>428</sup> GALÁN MUÑOZ, A. Libertad de expresión (...) op. cit. p. 170

## **CAPÍTULO V. CONCLUSIONES**

1. La propiedad intelectual ha estado siempre ligada al desarrollo de la sociedad, su valoración económica y nivel de protección se ha intensificado en cuanto a su vez se ha masificado el consumo de este tipo de bienes inmateriales y desde tiempos remotos, con el manuscrito mismo se han gestado sistemas de protección y si bien la vinculación inicial fue del autor hacia la obra, es decir, con relación a la protección de los derechos morales de autor, el desarrollo de los derechos de propiedad intelectual ha migrado paulatinamente hacía la protección preponderante de los derechos de explotación económica de la obra, esto es, con relación a los derechos patrimoniales del autor.

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación lo único que ha venido a agravar son dos problemas que siempre han estado latentes. Uno es el incentivo económico para el autor y el reconocimiento de éste como tal y otro a partir de las sociedades modernas, es el significado y peso que la propiedad intelectual tiene para el desarrollo de determinada industria, incluso de la sociedad y como puede protegerse dicho andamiaje. Ello ha generado el surgimiento de todo un esquema de protección gestado desde el Derecho internacional, especialmente en el ámbito del Derecho internacional comercial, pero con la consecuencia de generar propuesta de política pública global no solo en materia comercial, sino en ámbitos de Derecho privado, de Derecho administrativo y de manera paulatina y cada vez más intensamente a través del Derecho penal. El Desarrollo y masificación de Internet, la apropiación de nuevas tecnologías de acceso a la información que tienen como vehículo conductor predominante “la red de redes” solo hacen



un poco más insostenible la idea de una protección absolutamente estricta y restrictiva de los derechos de propiedad intelectual, permitiendo la imposición de dos modelos predominantes.

Los modelos de uso restringido y protección máxima para los cuales hay mayores limitaciones y quedan menos excepciones para el libre uso, y a los usos no autorizados se les asignan consecuencias en general civiles, administrativas y últimamente penales, con una mayor ampliación del espectro penal no solo con relación a las conductas en sí, sino a la intensificación de las penas. Y, por otra parte, los modelos de acceso abierto que pugnan por la liberación de limitaciones y la oferta abierta de la información con unas condiciones básicas de reconocimiento de la autoría de la misma, eliminando, a su vez, todos los órganos internos (asociaciones) que en teoría gestionan y defienden de manera colectiva los derechos de propiedad intelectual.

Lo cierto es que, desde estas dos perspectivas (las restrictivas y las de libre acceso), los derechos de propiedad intelectual tienen una enorme valoración como bienes culturales de necesario acceso por la mayoría del conglomerado social, como verdadera mercancía valorable en el ámbito económico.

Desde la perspectiva de la industria de la información y el entretenimiento, las reiteradas infracciones (facilitadas por las nuevas tecnologías), producen enormes pérdidas para una industria que, pese a haber surgido en el ámbito físico, cada día crece y se expande más en el ámbito digital, y es por parte de este grupo, de quienes se ejerce una mayor presión para la toma de decisiones restrictivas en todas las áreas del derecho, imponiendo políticas públicas desde organismos multilaterales, pues un fenómeno claro hoy día en

la configuración del derecho, y en específico del derecho penal, es que los Estados terminan legislando por hetero-imposición de la comunidad internacional y no necesariamente por la valoración que de contexto realiza el legislador nacional.

2. La sociedad del riesgo, Risiko gesellschaft, concepto que acuñara Ulrich Beck, se expandió no solo al tema del desarrollo industrial y por ende al desarrollo tecnológico, sino también a lo que damos en llamar desarrollos de la era digital, la cantidad de inventos, la novedad de los mismos y las posibilidades enormes que se tienen de acceso no solo real sino virtual de los mismos genera que se imponga la necesidad de aumentar las barreras de protección de corte punitivo, para aumentar el sentimiento de seguridad ciudadana, a una sociedad que reclamar protección en todos los ámbitos.

El discurso de la política criminal en materia de propiedad intelectual está liderado por el mundo occidental desde la necesidad de protección de unos recursos invaluable que permiten el desarrollo de la industria cultural de los Estados, cuentan con un organismo multilateral mayúsculo para impulsar este tipo de políticas como lo es la OMPI, pero, además, los Estados más poderosos y sus bloques en las distintos escenarios de actuación en el Derecho internacional iluminan e imponen la ruta que deberá cada estado desplegar en materia de protección jurídica de la propiedad intelectual.

En general, estas hetero-imposiciones de la política criminal en materia de protección de la propiedad intelectual superan los contenidos lánguidos con los que normalmente las legislaciones internas venían consagrando protección por

la infracción de este tipo de derechos, y en tal sentido. España no es ajena a esta tendencia y además como país comunitario de la Unión Económica Europea ha de responder a políticas multilaterales en materia de propiedad intelectual como las de la propia UE y por ello sin duda la legislación española refleja y ha venido recogiendo las directrices que surgen en el ámbito inter- y supranacional, interviniendo su legislación interna, principalmente en el campo civil y penal.

3. En el ámbito de la legislación española sobre propiedad intelectual y en específico con relación a la protección penal, sin duda, España vive un auge reformista, que ha llevado a intensificar los niveles de protección tanto desde la ampliación de los tipos penales en lo que hace a las conductas protegidas como el espectro de las penas aplicables. Es uno de los temas que siempre se han modificado cuando se ha decidido realizar reformas amplias para el Código penal. La novedad principal consistió en que la nueva legislación recoge y regula los ámbitos que atañen al entorno digital, con el aparente ánimo quizás de impedir que quede alguna conducta fuera de la protección penal y, en este sentido, cobra vigencia la discusión de la extensión de esta responsabilidad penal no solo para el usuario, sino también para el prestador de servicios de Internet a quien con relación a la prestación de servicios en la sociedad de la información, se les hace responsables al involucrarlos en la evitación de las conductas ilícitas de los usuarios.

La jurisprudencia fue contradictoria en la aplicación del elemento subjetivo ánimo de lucro y su comprensión entre el beneficio económico directo e indirecto llevó al legislador a recoger dicha distinción y así ha facilitado criterios de imputación y de extensión de la responsabilidad para

aquellos terceros intermediadores en la sociedad de la información, y quienes con seguridad, tendrán mayores posibilidades de responder tanto personalmente como económicamente por las supuestas afectaciones bajo sus labores de intermediación y la nueva legislación aplicable a los delitos de propiedad intelectual viene precisamente a recoger dichos criterios, a partir de tipos penales más amplios, vagos e imprecisos que a su vez desplazan las garantías de un Derecho penal clásico.

4. Ya adelantábamos que en España, como todas las legislaciones occidentales del mundo moderno, la protección de la propiedad intelectual en el orden penal, surge desde los derechos de autor y específicamente desde la protección de las facultades morales del autor, pero la significación económica que adquieren los derechos patrimoniales, es lo que permite precisamente que la protección penal se oriente preponderantemente a la protección de explotación económica y por ello, de iniciar históricamente con la protección de la “propiedad literaria” de los derechos de autor, se ha llegado a la protección de los derechos de explotación económica de la propiedad intelectual que es lo que se viene protegiendo en el orden penal desde el Código penal de 1995, identificando en este mismo terreno al bien jurídico protegido, al punto de que los asuntos de impacto moral, en conductas como el plagio, sólo tienen relevancia penal, en tanto en cuanto con su realización se afecten a su vez los derechos de explotación económica de la obra y sobre ello hay absoluto consenso en la doctrina y jurisprudencia.

A su vez se ha intensificado de una manera exacerbada la protección penal de los derechos de explotación económica y ello unido al contexto global de la infracción de este tipo de derechos , dado que las violaciones *on line*, es decir,

digitales, desplazaron las violaciones físicas, ha llevado a que toda la política pública que se había orientado inicialmente a la copia de venta de piratería directa, es decir, de las obras en soporte físico, y a su vez, se haya desplazado al nuevo medio de expansión de las infracciones: La internet.

La migración de la piratería física a la piratería *online* haya resultado y siga siendo traumática, Al punto que de manera equivocada por un sector de la doctrina y hasta el legislador por la ubicación del bien jurídico, se sustente que el bien jurídico se ha desplazado del patrimonio económico hacia el orden socioeconómico y por ello venimos encontrando en las últimas reformas al Código penal la ubicación sistemática de estas conductas dentro de los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico; asunto relevante que no aceptamos de manera pacífica, porque si bien, ya no puede haber duda de la dimensión de protección patrimonial de los derechos de propiedad intelectual, no sucede lo mismo con relación a su dimensión socioeconómica, es exagerado aceptar que con una conducta como la reproducción física u online de obras protegidas por parte de usuarios se afecte el orden socio económico, colocando en peligro la estabilidad misma del mercado o la economía nacional y no es suficiente como soporte de una perspectiva socioeconómica las cifras que determinados organismos pro defensa de la propiedad intelectual y de la gestión de determinados derechos a nivel nacional y multinacional presentan como cifras de “enormes pérdidas y afectación” de la industria del entretenimiento con relación a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, por lo que nos decantamos por un bien jurídico patrimonial relacionado con los derechos de explotación económica.

5. La incidencia de las redes peer-to-peer (P2P) o red de pares iguales y la posibilidad que ofrecen de compartir todo tipo de información (archivos) entre los usuarios interconectados, generando así, un universo de información compatible, constituyó el objeto central de nuestra investigación de cara a la conducta de los usuarios y de los proveedores de servicio de internet, con relación a los intercambios de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, que pueden derivar en comportamientos punibles confrontados los requisitos de los artículos 270.1 y 270.2 analizados en esta investigación, bajo el entendido que no todas las redes Peer to Peer son ilegales y que la ilicitud con respecto a la distribución de contenidos sobreviene cuando dicha red es utilizada para compartir obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual sin contar con la debida autorización de los titulares de los mismos, lo cual también se puede lograr a partir de la actividad de “enlazar”.

Explicado el funcionamiento de los diferentes sistemas de redes Peer to Peer (centralizadas, semicentralizadas y descentralizadas) pudo concluirse que en la actualidad dada su versatilidad e interconectividad, las redes más comunes son las descentralizadas, en ella intervienen con incidencia para la posterior calificación de su conducta de cara al derecho penal, los proveedores del servicio de internet (ISP) y los usuarios.

6. Los delitos que en concreto tenían incidencia para la calificación de las actividades que se realizan en las redes Peer to Peer, a nuestro juicio son los apartados 270.1. y 270.2 CP y es por ello, que solo respecto de ellos, se hizo el análisis respecto del tipo objetivo y subjetivo.

7. Con respecto al bien jurídico protegido, como se indicó *supra*, pese a la discusión doctrinal respecto si se protege el orden socioeconómico o no, nos decantamos por una postura patrimonial respecto de los derechos de explotación económica, toda vez que no aceptamos que las conductas del 270.1. y 270.2 CP exijan la lesión o puesta en peligro del sistema económico, no siendo de recibo el argumento de una repetición acumulada por múltiples sujetos que actúan descoordinados entre sí, no pudiendo tener a uno o varios de ellos como responsables del valor supraindividual que la eventual repetición de la conducta podría generar, llegando a una posible responsabilidad por el hecho ajeno que violaría el principio de culpabilidad y personalidad de las penas.

8. Analizado el tipo objetivo del Artículo 270.1 CP, convenimos que estamos frente a un sujeto activo común, que puede ser cualquier persona que carezca de la condición de titular o cesionario de los derechos de propiedad intelectual, aceptando que tanto autores como cesionarios puedan ser sujetos activos del delito en determinados supuestos y acudiendo a los criterios del TRLPI en lo que sea necesario, por ejemplo, con relación a obras que proceden de una relación laboral o la gama de conflictos que pueden generar las obras en colaboración o de múltiples autores, pudiendo quedar algunos de dichos asuntos simplemente en el orden civil, no superando las barreras del derecho penal y realzando así por ejemplo el carácter fragmentario del derecho penal a partir del principio de intervención mínima.

En cuanto al sujeto pasivo, no hay duda que los son los titulares de los derechos de explotación de la propiedad intelectual que se extiende a los

titulares de los derechos conexos como lo acepta la doctrina mayoritaria de la cual participamos.

En el objeto de material del delito además de la obra, prestación literaria, artística o científica, incluye de manera expresa su transformación, interpretación o ejecución, vale la pena decir que precisamente con la denominación prestación se alude a los bienes inmateriales que configuran el objeto de los llamados “derechos conexos” que se derivan de los derechos de explotación económica para que los titulares de esos otros derechos también tengan protección de las prestaciones de los productores, artistas, intérpretes o ejecutantes, lo cual podemos considerar una ampliación del tipo objetivo.

Las conductas típicas lo serán:

- La reproducción no autorizada tanto en el formato físico como digital en la medida que la obra puede “estar fijada en cualquier tipo de soporte y comunicada “a través de cualquier medio” teniendo en cuenta el régimen de excepciones y limitaciones así como demás condiciones del tipo penal, es decir, que no todo acto de reproducción de la obra o la prestación es violatorio a nivel penal de los DPI.
- El plagio que solo se castigará como modalidad específica de la conducta genérica de explotación económica del contenido de propiedad intelectual por lo tanto no enfocado a la protección del derecho moral de autor.



- La distribución que puede darse por venta, alquiler o préstamo de ejemplares en las condiciones del TRLPI, recientemente reformado por la Ley 21/2014 de 4 de Noviembre, que tiene como exigencia cuantitativa tener como destinatario al público, esto es a una generalidad de personas; la comunicación pública que hace accesible la obra a una pluralidad de personas sin necesidad de mediar la distribución previa de copias de la propiedad intelectual ajena, lo cual acontece fácilmente en el entorno digital, en el que las obras se hacen accesible a los usuarios de la red
- Y, finalmente,, los demás actos de explotación económica, que es una ampliación de las conductas típicas protegidas, que un sector de la doctrina considera de vagas e indeterminadas, esto es, termino legal que introduce una fórmula abierta e indeterminada que parece que admitiría cualquier forma de explotación que pueda aparecer en el futuro, interpretación que rechazamos por estar en contradicción, a nuestro modo de ver, con las exigencias más básicas derivadas del principio de legalidad y con la necesidad de que las prohibiciones referidas a esta materia sean definidas por la UE y uniformes para toda la Unión , lo que, sin embargo, permite que se pueda considerar incluida en dicha modalidad, pese a no aparecer de forma expresa en el artículo 270.1 CP, por ejemplo la conducta de transformar una obra o prestación por estar regulada dicha actividad en el TRLPI. El esto de conductas de explotación que no

expresamente reguladas, por lesivas que resulten, deberá considerarse en terrenos de la atipicidad.

Como elementos objetivos comunes a las modalidades del delito consideramos la ausencia de autorización del titular, al punto que la autorización desnaturaliza la conducta penal y el “en perjuicio de un tercero” pese a que otros doctrinantes lo consideren un elemento subjetivo del tipo que rechazamos, entre otras razones, porque bajo esta postura no añade nada más a lo que ya es el dolo del autor. Más bien, a nuestro juicio, dicho elemento implica que al exigencia de que la conducta presente una verdadera aptitud o idoneidad lesiva para lesionar el bien jurídico protegido,. Para poder ser típica de este delito.

9. Frente al tipo subjetivo valoramos el dolo como elemento central que implica conocimiento frente a los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizarlos, que el 270.1 CP no admite ni la modalidad imprudente ni el dolo eventual, debido a la presencia del elemento subjetivo especial de la persecución del beneficio económico, pues no podría lograr ellos sin una verdadera voluntad de lesión al tercero, por lo que no podrá dejarlo librado al azar, verificándose siempre un dolo directo de lesionar.

El elemento subjetivo adicional del injusto que contempla la actual legislación penal, lo es el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, abandonando la doctrina del “ánimo de lucro”, comprendiendo por beneficio económico directo como el cobro que realiza el autor y le genera un enriquecimiento por explotar la obra o prestación sin ostentar o tener autorización para explotar los DPI y el indirecto el que se busca mediante la

realización de actividades paralelas a la explotación de la obra o prestación que se ven favorecidas por dicha explotación, como los ingresos que se pueden obtener por la publicidad.

10. Con relación al 270.2 CP consideramos que contempla un nuevo tipo penal, no existente en la legislación previa, y que denominamos delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos, destinado a quienes prestan servicios en la sociedad de la información, específicamente para aquellos proveedores de servicios que se dedican a enlazar a contenidos de obras protegidas, y que antes de esta norma, con mucha discusión jurisprudencial algunos casos se incardinaron en el 270.1 CP como forma de comunicación pública.

En cuanto al análisis del tipo objetivo respecto del sujeto activo convenimos que se trata de un delito común que puede ser cometido por un sujeto simple e indeterminado, es decir, lo comete cualquier persona que facilite el acceso o localización de obras protegidas por los DPI, reconociendo esta variable de la norma como una manera expresa de recoger la conducta de dar enlaces de una forma separada y distinta y no mediante su consideración como un acto de comunicación pública de los que se refiere el 270.1 CP, en síntesis el 270.2 CP en su modalidad de dar enlaces es un delito nuevo y distinto, no existente en la legislación previa sobre propiedad intelectual en materia penal. Debe considerarse también como elemento objetivo del nuevo tipo penal el carácter activo y no neutral de la prestación de servicios de localización y acceso y la misma norma penal señala ello se verificará cuando los proveedores ofrezcan “listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados por los destinatarios de los servicios”, por lo tanto no se consideran dentro del delito las prestaciones puramente

automáticas de proveedores como los buscadores (Google, Bing, Yahoo, etc.) ,de modo que se debería demostrar que el proveedor controla o dirige el contenido enlazado o se demuestra que tuvo “conocimiento efectivo” que los contenidos eran lesivos de los DPI.

Respecto del elemento ausencia de autorización del titular, de manera adicional valga considerar que no se requiere pedir autorización para establecer enlaces a las obras o prestaciones publicadas en abierto y lícitamente en Internet, y que tiene que realizarse de forma que resulte idónea para agravar el perjuicio patrimonial que su publicación ilícita haya ocasionado.

En el aspecto subjetivo del tipo, el análisis del dolo es común al 270.1 CP y 270.2 CP con la precisión que para este último, el pleno conocimiento que tiene que tener el autor que enlaza a obras protegidas por los DPI implica que puedan apreciarse errores que podrían llevar a la atipicidad de la conducta, como sucede con quien cree que las obras enlazadas ya no gozan de protección de los DPI o que se encuentra autorizada por el autor, tendrían que apreciarse y valorarse en el caso concreto.

Con relación al elemento subjetivo especial, del beneficio económico directo, no hay duda que la nueva norma recoge la conducta de los gestores de las llamadas “web de enlace” que no realizan cobro pero que derivan sus ingresos económicos de las empresas que se anuncian en su portal.

11. En cuanto a las reglas de autoría y participación en los delitos contra la propiedad intelectual con repercusión en los sistemas p2p, aceptamos pese a la discusión que se plantea en la doctrina, que el artículo 30 CP limita la aplicación y extensión de la responsabilidad aplicable a los delitos contra la

propiedad intelectual, ya que también son asimilables los soportes de difusión mecánicos que operan en la internet.

12. Con respecto al papel de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) a efectos de atribución de responsabilidad penal, pese a la discusión sobre si genera una posición de garante para el provider, concluimos que para la posible atribución de responsabilidad penal para el ISP con relación a un delito contra la propiedad intelectual en la modalidad del artículo 270. 2 CP, es absolutamente indispensable integrar la regulación limitativa de la actividad del ISP según el papel que desempeñe, aceptando con GALÁN MUÑOZ, que partiendo de una perspectiva integradora de dicha norma con lo establecido en el resto del ordenamiento jurídico la LSSI, delimitar y concretar el nivel de riesgo generalmente permitido para cada uno de los proveedores de servicios en Internet.

13. Sobre el objeto central de nuestra investigación, la posible relevancia penal de las actuaciones de los distintos intervinientes en los sistemas p2p, por delitos contra la propiedad intelectual, convenimos analizar por separado la posible responsabilidad del usuario y la posible responsabilidad del provider específicamente el proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes peer to peer.

Los usuarios con relación a las conductas de downloading (reproducción) y uploading (comunicación pública), para la reproducción destacamos que la restricción del concepto de copia privada conforme al nuevo art. 31 de TRLPI, implica la ausencia directa o indirecta del fin comercial, que la copia se realice de una fuente lícita, es decir, que ésta se haga a partir de una fuente lícita a la

que se haya accedido legalmente y que no sea objeto de una utilización colectiva, circunstancia esta última que evidentemente hace que los usos compartidos realizados en los sistemas P2P queden al margen del sistema de copia privada, abriendo así las puertas a que puedan resultar penalmente relevantes. La conducta de *uploading*, como puesta a disposición de terceros de los archivos para el posterior downloading de otros usuarios, es siempre ilícita, aun cuando se realice sin ninguna voluntad lucrativa, si se realiza sin permiso del titular, pero para ser reprochable penalmente requiere, además y entre otras cosas, que la conducta sea realizada con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de un tercero, recordando que, a nuestro juicio, el beneficio económico perseguido debe ser algo que incrementaría el patrimonio del sujeto activo de este delito, algo que lo enriquezca y no un simple ahorro del costo de la obra, o mayor número de obras a las que accede, o mayor velocidad de descarga. De modo que el usuario que descarga y comparte archivos no comprendidos dentro del concepto de copia privada, ni en el de comunicación doméstica del que habla el art. 20 TRLPI, al descargar y compartir de forma no permitida obras de propiedad intelectual, realiza actuaciones que sean punibles de cara al 270.1 CP a no ser que cobre por realizar dicha conducta o trate de obtener otro lucro conectado con dicha actividad, como el que se produciría si cobrase por la publicidad que insertase en los contenidos que compartiese.

Frente a la posible responsabilidad penal de los proveedores de enlaces involucrados en los P2P del proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes *peer to peer*, deberán ser analizadas, conforme al nuevo delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos del artículo 270.

2 CP, cuando la facilitación del acceso o de la localización sea activa y no neutral, tenga potencialidad lesiva para causar perjuicios a un tercero y dicha actividad se realice de manera dolosa, esto es, debe efectuarse teniendo conocimiento y voluntad de estar facilitando el acceso o localización no autorizadas en internet de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual y con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. Es decir, que a través de su actividad persiga un incremento económico en su patrimonio bien por el cobro directo de una tasa o cuantía económica por el acceso a la información, bien por los beneficios indirectos que obtenga por su intermediación, esto es, no cobra una tasa, pero obtiene ingresos por publicidad debido al alto flujo de visitas.

Con base a los mismos requisitos mínimos, no podrá ser típica su conducta cuando: Presta una labor meramente automatizada de intermediación en la sociedad de la información, podrían aplicársele los criterios de no actividad y neutralidad y por tanto su actuación no punible, lo que comúnmente sucedería, por ejemplo, con quienes prestan actúan como proveedor central de los servicios P2P centralizados, ya que suelen prestar sus servicios de forma automatizada y no activa. Tampoco habrá delito cuando ni siquiera exista riesgo de lesión patrimonial mediante la conducta realizada, como acontecerá cuando se enlacen contenidos que se ofrezcan en abierto o que ya no está protegido por los derechos de explotación de la propiedad intelectual), ya que ello determina que no concurra la idoneidad lesiva para el patrimonio ajeno exigido como elemento objetivo del tipo del 270.2 CP.

Así mismo, escapará a este delito aquella conducta que no se ejecute con dolo directo, es decir, cuando se efectúe con imprudencia o dolo eventual, como

sucedará, en muchos casos con los usuarios que actúan como nodos o supernodos, sin saber realmente que lo hacen y localizan y dan acceso a archivos en los ordenadores de otros usuarios o aquella otra que se efectúe sin ánimo alguno de obtener un enriquecimiento directo o indirecto, como sucederá, por ejemplo, cuando el servicio se haga de forma completamente gratuita y sin obtener ningún incremento patrimonial., lo que sucede también en la mayoría de las conductas efectuadas por usuarios que actúen como nodos, ya que ni cobran nada por su actuación, ni se enriquecen de forma indirecta por la realización de la misma, sin que, como hemos visto, pueda considerarse que el ahorro que conlleve el poder de sacarse archivos ajenos pueda ser considerado como un beneficio cuya persecución podría ser delito.

Frente a la posible responsabilidad penal del Proveedor de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en redes que sí que realicen actividades no autorizadas, perjudiciales, dolosas y con ánimo de enriquecimiento directo o indirecto (p. ej. las que realizan los administradores de muchas de las webs con enlaces a contenidos ajenos que cobran de los anuncios que contienen), hemos concluido que la prohibición penal de su realización se ve restringida con la verificación de los requisitos del artículo 17 de la ley 34 de 2002 LSSI que establece en qué casos el proveedor de enlaces a contenidos quedaría exento de cualquier responsabilidad por el la prestación de su servicio con respecto a contenidos ajenos. En concreto, la cita ley establece que no podría incurrir en responsabilidad alguna quien, pese a enlazar contenidos de forma activa, no autorizada, perjudicial dolosa y con ánimo de beneficiarse directamente o indirectamente no preste sus servicios con respecto a contenidos que hubiesen sido suministrados por un sujeto que



actuaba controlado, dirigido bajo la autoridad del proveedor de enlaces o no lo hubiese dado o mantenido teniendo un “conocimiento efectivo” de que los contenidos enlazados eran ilícitos o lesivos en este caso de derechos de propiedad intelectual, conocimiento efectivo que se adquirirá a partir de tener noticia de la orden de retirada de los contenidos que para el caso podría llegar incluso por una autoridad administrativa como la comisión de propiedad intelectual o de la comunicación o requerimiento de remitido por el interesado de la que habla la LPI .

No es responsable el proveedor que realiza su tarea de suministrar enlaces de manera automatizada y neutra en la red porque la LSSI no se pretende que el *provider* de enlaces sea un controlador de los contenidos de la Red, ya que ello podría incluso afectar otros derechos fundamentales de los usuarios como la libertad de expresión y de información.

Como se puede comprobar, pese a la ampliación que ha realizado la LO 1/2015 con respecto al número de posibles conductas abusivas de los derechos de propiedad intelectual ajenos que pueden llegar a tener relevancia penal, lo cierto y verdad y pese a quien le pese, es que la mayor parte de las actuaciones que se realizan en las redes P2P siguen premaneciendo al margen de la tipicidad de dichos delitos. Es precisamente por ello, por lo que no podemos concluir el presente trabajo sin afirmar de forma rotunda que, pese a que algunas entidades gestoras de derechos de autor no se cansen de repetir y repetir en los medios de comunicación que las redes P2P son ilegales y que sus usuarios pueden afrontar terribles responsabilidades penales, no serán las redes, sino algunas (unas pocas) de las conductas que se pueden realizar con las mismas las que podrán generar responsabilidad penal a sus autores, lo

que, a buen seguro será objeto de nuevas pretensiones incriminadoras que esperamos puedan ser y sean neutralizadas por nuestro legislador, para que la protección de un legítimo derecho patrimonial, como es el de la propiedad intelectual, no llegue a convertirse, como de hecho y a juicio de algunos autores ya sucede, en un obstáculo para el ejercicio de otros derechos fundamentales de los ciudadanos mucho más importantes, como son los de expresión e información.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABARZA, Jacqueline y KATS, Jorge. Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC. EN: CEPAL. División de desarrollo productivo y empresarial. Serie desarrollo productivo, no. 118, 2002.

ABELLÁN ALBERTOS, Antonio. Protección penal de los datos de carácter personal y de los programas informáticos. En: Tomo de Jurisprudencia 3. Madrid: editorial La Ley, 2003.

ACUM MALDONADO, Carolina. Responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información. En: Revista de la Contratación Electrónica, no. 115. Septiembre–octubre, 2011. Madrid: Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, p. 10, 11.

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN ESPECIAL DEL ESTADO. Códigos electrónicos. Código de Propiedad Intelectual. Edición actualizada. Madrid. Julio, 2017.

AGUDELO CALDERÓN, Juan Carlos. ¿Cuál es el contexto de la rebelión de los usuarios de Internet contra las leyes de Derechos de Autor en el Siglo XXI? Centro Colombiano del Derecho de Autor. Disponible en internet: <URL: <http://www.cecolda.org.co/index.php/informacion/noticias/221-cual-es-el-contexto-de-la-rebelion-de-los-usuarios-de-internet-contra-las-leyes-de-derechos-de-autor-en-el-siglo-xxi>

AGUSTINA, José. ¿Cómo prevenir conductas abusivas y delitos tecnológicos en la empresa?: Estudio interdisciplinar sobre políticas de uso de las TIC, prevención y gestión de “conflictos” en una muestra de empresas españolas. En: Revista de Internet, derecho y política, no. 16. Universidad Oberta de Catalunya, 2013.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX, 2008, p. 345–385, no. 30, Valparaíso, 2008. En: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>

ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; SALAZAR, Óscar Eduardo; PADILLA HERRERA Julio César. Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía. En: Civilizar. Enero–junio, 2015, vol.15, no. 28, p. 61-76.

ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro. Obligaciones del autor en el contrato de edición. Madrid: editorial Reus, 2003.

ÁLVAREZ, Carlos M. Links, Frames y Meta-tags. En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en “Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática”. Universidad de los Andes. Bogotá: editorial Legis, 2005.

ANARTE BORRALLLO, Enrique. Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho Penal en la sociedad de la

información. En: Derecho y Conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, 2001.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Del “entorno analógico” a la tecnología digital. Madrid: editorial Reus, 2007.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Y Otros. El derecho de autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales, no. 37, 2013.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2005–2, no. 8. Navarra: editorial Aranzadi, 2005.

ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. La internacionalización del derecho penal como contexto de la política criminal del “lavado de activos”. En: Estudios de Derecho. Junio, 2009, vol. LXVI, no. 147, p. 201–228.

ARIAS POU, María. Reutilización de la información y protección de datos personales. Navarra. Revista de estudios locales, no. 107, 2008.

ARIETO BARTOLÍN, Javier. Seguridad de la información, redes, informática y sistemas de información. Madrid: editorial Paraninfo, 2008.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, 2002, no. 7. p. 1521–1593.

ASÚA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La tesis del fraude del fin, no. 16. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

BAIGÚN, DAVID. El bien jurídico orden económico. Estudios sobre Justicia Penal. En: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Administración desleal y apropiación indebida. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, no. 4, 2001, p. 125-144.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal. Madrid: editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Concepto y contenido del derecho penal económico. En: Derecho penal económico, 2ª ed. Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Defensa jurídico-penal de la competencia, del mercado y de los consumidores. En: Derecho penal económico, 2ª ed. Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa informática en el derecho europeo continental. Revista de derecho y ciencias penales, no. 17, Universidad San Sebastián, Chile, 2011.

BATUECAS CALETRÍO, Alfredo y APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. Propiedad intelectual y piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet (La llamada “ley sinde-wert”). Salamanca: editorial Universidad de Salamanca, 2012.

BEATO VÍBORA, Manuel. Aproximación al concepto penal de documento electrónico. En: XII Encuentros sobre informática y Derecho. Pamplona: editorial Aranzadi, 1999.

BECK, Ulrich. Poder y contra poder en la era global la nueva economía política global. Barcelona: editorial Paidós, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 7ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador) y Otros. Manual de propiedad intelectual, 6ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y otros. Comentarios a la ley de propiedad industrial. Madrid: editorial Tecnos, 2007

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Otros. Las reformas de la ley de propiedad intelectual. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador). Manual de propiedad intelectual. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Introducción a la regulación de los derechos de autor. En: Consejo general del poder judicial, cuadernos de derecho judicial. Propiedad intelectual, aspectos civiles y penales. Madrid, 1995.

BERLIN. La Universidad de Valladolid se adhiere a la Declaración de Berlín sobre el Acceso Abierto. En: <http://uvadoc.blogs.uva.es/tag/declaracion-de-berlin/2013>.

BERMAN, Jason. Guía sobre uso de los derechos de autor, y los otros derechos de propiedad intelectual y la seguridad para entidades académicas. En: <http://www.ifpichile.cl/archives/ent.pdf>

BETHESDA. Declaración de Bethesda sobre Publicación de Acceso Abierto. En: [http://ictlogy.net/articles/bethesda\\_es.html](http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html) 2003

BLANCO LOZANO, Carlos. La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el



Código Penal español. Universidad de Sevilla. España. Revista de Derecho y Ciencias Penales, no. 17, 2011.

BONDEAU, Oliver y SÁNCHEZ CEDILLO, Raúl. Capitalismo cognitivo: propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: editorial Traficantes de Sueños, 2004.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Bases interculturales del derecho penal. En: Cuadernos de Derecho Penal, no. 5, 2011. Disponible en internet: <URL: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/bases-interculturales-derecho-penal-emiliano-borja.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/bases-interculturales-derecho-penal-emiliano-borja.pdf)

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. Comercio electrónico y protección de los consumidores. Madrid: editorial La Ley, 2001.

BRANCA, Giuseppe. Instituciones de derecho privado. México: editorial Porrúa, 1978.

Budapest Open Access Initiative. Diez años desde la Budapest Open Access Initiative: hacia lo abierto por defecto. En: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/spanish>

BUSTO LAGO, José Manuel. La Responsabilidad civil de los “internet service provider”, por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual.

En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2004–2, no. 5.  
Navarra: editorial Aranzadi.

BUSTO LAGO, José Manuel. La responsabilidad civil de los “Internet Service Providers” (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2004, no. 5, p. 39–73.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Política criminal y dolo eventual. Revista jurídica de Catalunya, vol. 83, no 2, 1984, p. 309-328.

CALDERÓN CEREZO, Ángel. Delitos relativos la propiedad intelectual. En: Delitos contra el orden socioeconómico. Madrid: editorial La Ley, 2008.

CALDERÓN CEREZO, Ángel. Responsabilidad civil. En: Delitos contra el orden socioeconómico. Madrid: editorial La Ley, 2008.

CALDERÓN CEREZO, Ángel. Tipos cualificados. En: Delitos contra el orden socioeconómico. Madrid: editorial La Ley, 2008.

CANAVAL PALACIOS, Juan Pablo. Manual de propiedad intelectual. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2008.

CANO ARIAS, Liliana María; GONZÁLEZ GARCÍA, María Constanza. Responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información. Trabajo de grado Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad

Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Económico, 2001.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet. Revista de Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, no. 15, 2012.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. Creación, edición y lectura en la sociedad de la información: entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura. Revista pliegos de Yuste, no. 11-12, 2010.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. La protección de la propiedad intelectual ante la amenaza de las redes peer to peer. En: Revista iberoamericana de derecho de autor, no. 7. Enero-junio de 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción. El delito de infracción de los derechos de autor a la luz del Proyecto de Nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1986. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, no. 12, 1987.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Ley aplicable a las patentes en derecho internacional privado español. Revista Anales del Derecho. Murcia: Universidad de Murcia, vol. 19, 2001.

CASAS BARQUERO, Enrique. El delito de falsedad en documento privado. Barcelona: editorial Bosch, 1984.

CASAS VALLÉS, Ramón Y XALABARDER PLANTADA, Raquel. Propiedad Intelectual. En: PEGUERA POCH, Miquel (Coordinador). Principios de Derecho de la Sociedad de la Información. Navarra: editorial Aranzadi, 2010.

CASAS VALLÉS, Ramón. Propiedad Intelectual. En: PEGUERA POCH, Miquel (Coordinador). Derechos y nuevas tecnologías. Barcelona: editorial UOC, 2005.

CASSOU RUIZ, Jorge Esteban. Delitos informáticos en México. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, no 28, p. 207-236.

CASTELLÁ MARTINEZ, Damiá. Computación Distribuida en Entornos Peer-to-Peer con calidad de servicio. Tesis de Doctorado en Ingeniería. Lleida: Universidad de Lleida. Facultad de Ingeniería. Departamento de Informática e Ingeniería Industrial, 2011, p. 12. En: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/51011/Tdcm1de1.pdf?sequence=1>

CASTRO ACOSTA, Raúl. Delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet tras la reforma de la L.O. 1/2015. Repositorio Universidad de Oviedo, 2015.

CAVALLI, Jean. Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Traducción de Juan David Castro García. Dirección Nacional de Derechos de Autor, Bogotá, 2006.

CERDA SILVA, Alberto. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, no 42, 2014.

CHIRINÓS RIVERA, Sonia Alicia. A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor. En: Nuevas Formas de Delincuencia, PJ, no. especial IX, Madrid, 1988.

Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo, p. 34-35. En: [http://aui.es/IMG/pdf\\_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf](http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf)

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Candido. Las falsedades documentales. Perspectiva jurisprudencial, En: Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Madrid, 1999.

CONTRERAS CLUNES, Alberto. Delitos informáticos. Un importante precedente. Revista IUS ET PRAXIS, vol. 9, no. 1, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y JOSHI JUBERT, Ujala. Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos, En: Revista Jurídica de Cataluña, no. 3, 1988.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Manual práctico de derecho penal, parte especial. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos. En: Eguzkilore. Diciembre, 2007, no. 21, p. 7–32.

CORNELLA SOLANS, Alfons. Políticas de información en España. FUOC la Universidad virtual. Universidad Oberta de Catalunya, 2002, p. 117-188.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 717 de 2008. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

CRISTIAN MATURANA, Miguel. Responsabilidad de los proveedores de acceso y de contenido de Internet. Revista chilena de derecho informático, no. 2, 2002.

CRUZ DE PABLO, José Antonio. Derecho Penal y Nuevas Tecnologías. Aspectos Sustantivos. Adaptado a la Reforma Operada en el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo Artículo 286 CP. Madrid: editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2006.

CRUZ DE PABLO, José Antonio. Los problemas reales en la futura aplicación del artículo 286 del código penal. En: Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos: Adaptado a la reforma operada en el código penal por

ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP. Madrid: editorial Cargraphics, 2006.

CRUZ DE PABLO, José Antonio. Una aproximación a los principales delitos informáticos. En: Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos: Adaptado a la reforma operada en el código penal por ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP. Madrid: editorial Cargraphics, 2006.

CUERVO, Miguel y VERAS, Enmanuel. Infraestructura Nacional de Información (NII). En: <http://miguel-cuervo.blogspot.com.co/2012/02/infraestructura-nacional-de-informacion.html>

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Miguel Ángel. Los derechos de autor en la sociedad de la información. En: MACÍAS CASTILLO, Agustín. El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial Gráficas Muriel, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PEREZ MACHIO, Ana Isabel; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. Armonización penal en Europa. No. 2. Donostia-San Sebastián: editorial IVAP, 2013.

DE NOVA LABIÁN, Alberto José. Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet: especial referencia a los sistemas de intercambio de archivos. Madrid: editorial Dykinson, 2010.

DEL ARCO BLANCO, Ana. La protección civil de los derechos de autor en el entorno digital. En: Grupo de trabajo Derecho, Ciencia, Tecnología e Innovación. Granada: editorial Comares, p. 186-187.

DEL OLMO GÁLVEZ, Juan. Sentencia 126/2011, AP Murcia, de 17 de junio. En: Revista de Derecho Penal. 2012, no. 35, p. 222–225.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. DELITO, PENA, POLÍTICA CRIMINAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LAS MODERNAS CIENCIAS PENALES: Memorias II Congreso Internacional de Jóvenes investigadores en Ciencias Penales, 2011.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio. Las reformas de la propiedad intelectual de 2006. En: MACÍAS CASTILLO, Agustín. El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial Gráficas Muriel, 2008.

DÍAZ PITA, María Del Mar. El dolo eventual. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=126354>, 1994.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial especial atención en la aplicación práctica en España. Revista Derecho penal y Criminología, Universidad Externado, Bogotá, vol. 30, no. 88, 2009. En: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/612>

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal Español en materia de codelincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. En: Nuevo Foro Penal No. 81, julio-diciembre 2013, Universidad EAFIT.



DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Enero–abril, 2002, año XXXV, no. 103, p. 63–97.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Montevideo: Editorial B de F, 2007.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el derecho español, europeo e internacional. En: Ministerio de Justicia. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid: editorial Librería de la Agencia Estatal, 2011.

ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos. Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Madrid: editorial Tecnos, 2002.

ESPAÑA. Jefatura del Estado. Ley 21 (04, Noviembre, 2014). Por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 2014, BOE-A-2014-11404, páginas 90404 a 90439, En: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11404](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11404)

ESPIN CANOVAS, Diego. La protección del derecho moral de autores y artistas intérpretes o ejecutantes de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Revista General de Legislación, no. 4, 1988.

ESPÍN, Javier. La tutela penal de la propiedad intelectual. Una visión crítica de la nueva ley de reforma del Código Penal, no. 21, septiembre, 2015. En: <http://hayderecho.com/2015/09/21/la-tutela-penal-de-la-propiedad-intelectual-una-vision-critica-de-la-nueva-ley-de-reforma-del-codigo-penal/>

ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia. Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet. Granada: editorial Comares, 2006.

ESTEVE PARDO, Asunción. La obra multimedia en el derecho español. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, 1998, no. 3, p. 1736-1745.

FARALDO CABANA, Patricia. Sociedad de riesgos y nuevas tecnologías. En: Las nuevas tecnologías en lo delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2009.

FARRÉ LÓPEZ, Pedro. La defensa de la propiedad intelectual frente a la piratería: medidas de protección en el entorno analógico y en el digital. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2004, no. 5, p. 181–187.

FARRÉ LÓPEZ, Pedro. La defensa del derecho de propiedad intelectual frente a la piratería. En: MACIAS CASTILLO, Agustín y HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel (Coordinadores). El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial La Ley, 2008.

FEIJOO GONZÁLEZ, Claudio Antonio. Soportes digitales y transformación de las industrias de contenidos. Revista el Profesional de la Información, vol. 22, enero 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible. Universidad Autónoma de Madrid. Revista jurídica, no. 27, 2013.

FELTRERO OREJA, Roberto. Propiedad intelectual y conocimiento público: Derechos del investigador y del ciudadano sobre el *copyright*. Revista Isegoría, 2003, no. 28, p. 143-158.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. La gestión colectiva en el medio digital: licencias transfronterizas ¿una utopía? En: Revista Foro Derecho Mercantil. Abril– junio, 2012, no. 35, p. 91–112.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. La protección del derecho de autor y los derechos conexos en la era digital. En: [http://www.cadra.org.ar/upload/Ballesteros\\_Tratados\\_OMPI.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Ballesteros_Tratados_OMPI.pdf)

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. Seminario sobre derechos de autor, cultura y desarrollo: El libro y su paso del anaquel a la Internet. Bogotá:

Políticas Públicas en Derecho de Autor: una necesidad urgente para América Latina, 2007.

FERNÁNDEZ QUIJADA, David. Nuevo modelo de distribución audiovisual. E-prints in library and information science. Internet Global congress, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ QUIJADA, David. p2p: Nuevo paradigma comunicativo convergente. Segundo Congreso Gallego do Audiovisual, 18 diciembre, 2004. Santiago de Compostela, Universidad Autónoma de Barcelona, disponible en: [http://eprints.rclis.org/bitstream/10760/7752/1/p2p\\_nuevo\\_paradigma\\_comunicativo\\_convergente.pdf](http://eprints.rclis.org/bitstream/10760/7752/1/p2p_nuevo_paradigma_comunicativo_convergente.pdf)

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María De Los Ángeles y MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La protección de los derechos de autor por parte de la Comisión de Propiedad Intelectual. Derecom, 2013, no. 14.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet: estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red. Oviedo: editorial Imprenta Gofer, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes. Valladolid: editorial Lex Nova, 2011.

FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel. Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. Delitos contra los derechos de autor. Revista derecho penal y criminología, no. 19. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, CIRCULAR 8/2015, “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015”. En:

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR\\_8\\_2015.pdf?idFile=d7b418c1-6aa4-406a-bceb-19b2a9495c52](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR_8_2015.pdf?idFile=d7b418c1-6aa4-406a-bceb-19b2a9495c52)

FLORES DOÑA, María de la Sierra. NAVARRO COSTA, Ruth. Seguridad y propiedad intelectual en internet. Madrid: editorial Complutense, 2008.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Director); MORALES, F. (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, España: editorial Aranzadi, 2016.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Libertad de Expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet. Un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la información y el comercio electrónico. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. *Revista General de Derecho Penal*, no. 19, 2013.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. “La nueva regulación penal de la explotación económica ilícita de la propiedad intelectual”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Navarra: editorial Aranzadi, 2015.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Capítulo XI. En: *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II. 7ª ed. España: editorial Aranzadi, 2016.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El derecho penal español ante la piratería de los servicios de radiodifusión. En: *Eguzkilore*. Diciembre, 2007, no. 21, p 59–80.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El nuevo delito del artículo 248.3 CP: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio? En: *Diario La Ley*. Madrid. 10, junio, 2004, no. 6037, p. 1–7.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la

eterna guerra entre prevención y garantías penales. En: Revista Penal. Julio, 2009, no. 24, p. 90-107.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La nueva regulación penal de la explotación económica ilícita de la propiedad intelectual. En: QUINTERO, Gonzalo (Director). Comentario a la reforma penal de 2015, España: editorial Aranzadi, 2015.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la unión europea. En: Cyberlaw. Enero, 2016, no. 1, p. 2–38.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. En: Comentario a la reforma penal de 2015. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Madrid: editorial Aranzadi, 2015.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. En: Revista de Estudios de la Justicia. 2011, no. 15, p. 171–217.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. Revista de Ciencias Jurídicas, vol. 1, no. 1, 2007.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet: un estudio sobre la incidencia penal de la ley

34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

GALINDO, Fernando. La normativa en internet existente en España. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, no. 1, 2001.

GALLARDO RUEDA, Alberto. Delincuencia informática; la nueva criminalidad de fin de siglo. En: Cuadernos de política criminal. no. 65. Madrid, 1998. p. 365-374.

GALLART, Núria. Reflexiones ante la transposición de la directiva 2001/29/CE, relativa a los derechos de autor en la sociedad de la información. Instituto andaluz de patrimonio histórico. Revista PH, no. 38, 2002.

GAMBONA BERNATE, Rafael Hernando. P2P la nueva amenaza a la propiedad intelectual en la red. En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios En: Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes. Bogotá: editorial Legis, 2005.

GARCÍA CANO, David. Análisis e implementación de una aplicación de cómputo distribuido. Universidad Carlos III, Madrid, 2002.



GARCÍA GÓMEZ, Juan Carlos. Portales de Internet, tipología básica y desarrollo. Universidad de Murcia. El portal de la información, vol. 10, no. 7, 2001.

GARCÍA HEREDIA, Alejandro. Fiscalidad internacional de los cánones: Derechos de autor, propiedad industrial y know-how. Valladolid: editorial Lex Nova, 2007.

GARCÍA HERRANZ, R. Y RAMOS HERRAIZ, J. En: GARCÍA HERRANZ, Rafael Y RAMOS HERRAIZ, Juan. Delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Comentarios al nuevo Código Penal, MORALES VILLANUEVA, Antonio y LÓPEZ CORRAL, Miguel Ángel (Coordinadores), 1996, agosto, no. 15, p. 14.

GARCÍA LÓPEZ, Daniel. Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 2006/2007, no. 10, p. 207–244.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1985. En: Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995, p. 205–250. En: Propiedad intelectual, aspectos civiles y penales. Consejo general del poder judicial, Madrid, 1995.

GAY FUENTES, CELESTE. La propiedad intelectual en el entorno digital de la copia digital a la distribución no autorizada de obras en internet. En: AA.VV.

Alternativas de política cultural. Las industrias culturales en las redes digitales. Gedisa Editorial, Barcelona, 2007.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Delitos contra los derechos de autor. Lecciones de derecho penal, parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.

GIL GIL, Alicia y FERNÁNDEZ, Carlos Martín. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su licitud. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, no. 2, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual. Estudios de Derecho Penal. 3ª ed. Madrid: editorial Tecnos, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Madrid: editorial Tecnos, 1990.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín. Delito e informática: algunos aspectos del derecho penal material. Revista Eguzkilo, no. 20, San Sebastián, 2006, p. 197-215.

GIORDANINO, Eduardo Pablo. Identificación de autores: Nombres y números. Revista E-printslibrary and information science. Universidad de Buenos Aires, 2013.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Protección penal de los derechos de autor y conexos. Madrid: editorial Cuadernos Civitas, 1988.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995. En: Revista del poder judicial. Consejo General del Poder Judicial, no. 66. Segundo trimestre 2002, p. 204-205.

GÓMEZ POMAR, Fernando. El incumplimiento en el derecho español. InDret. Revista para el análisis del derecho, no. 3, 2007.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Análisis de las reformas penales. Presente y futuro. Documento TOL5.186.305. Marzo 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.tirantonline.com>

GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen. Hacia una nueva interpretación del delito publicitario. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, no. 4, 1997.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2012.

GOMEZ RIVERO, María Del Carmen. Novedades de la reforma del código penal en materia de propiedad intelectual e industrial. Revista general de Derecho Penal, no. 21, 2014.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil. En: Eguzkilore. Diciembre, 2006, no. 20, p. 163–177.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Chile: editorial Lex Nova, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La autoría y la participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet. Especial consideración de los proveedores de servicios. En: DEL ARCO BLANCO, Ana Isabel. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Granada: Editorial Comares.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenido, servicios, acceso y enlaces, 2ª ed. Navarra: editorial Aranzadi, 2006.

GÓMEZ TOMILO, Manuel: “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de

pornografía infantil”. Editorial Eguzkilore, no. 20, 2006. p. 163-177. En:  
[http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174920/15+-  
Autoria+Participacion+Difusion.pdf](http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174920/15+-Autoria+Participacion+Difusion.pdf)

GÓMEZ TOMILO, Manuel: El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta (...), en revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2ª época, nº 3 de 1999.

GÓNZALES CUSSAC, José Luis (coordinador). Derecho penal, parte especial, 5ª ed. Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 2016.

GONZÁLES RUS, Juan José. Comentarios al Código Penal, artículo 270. En: Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 727. Madrid: editorial Edersa, 1999.

GONZÁLEZ DE CHAVES CALAMITA, María Eugenia. Revista anales de la facultad de derecho. Universidad de la Laguna, 2004, no. 21, p. 45-66.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro. El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: de la reforma de 1987 al código penal de 1995. Madrid: editorial Tecnos, 1998.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual, En: AAVV. El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López Granada, 1999.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272. Madrid: editorial Edersa, 1999.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, no 1, 1999.

GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, José Raúl. La responsabilidad jurídica derivada de la distribución de obras a través de programas p2p y streamchanel. San salvador, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. El derecho penal ante la globalización económica. En: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: editorial Gráficas Rógar, 2010.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. La responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE. Revista de derecho Universidad de Valencia, no. 2, 2003.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. Fraude informático y estafa: aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos. Ministerio de justicia, 1991.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. En: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: Varios autores, "Pena y Estado". Santiago: editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bogotá: editorial Temis, 1999.

HEFENDEHL, Roland (Coordinador). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimidad del derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Editores Marcial Pons, 2007.

HEGEL, Federico. Fundamentos de la Filosofía del Derecho. Madrid: editorial Libertarias, 1993.

HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre. Aproximación a un concepto de derecho penal informático. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís (Director) y DE LA MATA BARRANCO, Norberto José (Coordinador). Derecho Penal Informático. Navarra: editorial Aranzadi, 2010.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción. Aspectos internacionales de la contratación electrónica. Valencia: editorial Publicacions de la Universitat de Valencia, 2008.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ascencio. La clonación arquitectónica. Bogotá: editorial Ciruela, 2007.

HERRANZ CASTILLO, Rafael Y Otros. Obras en Acceso abierto y responsabilidad por hecho ajeno en Internet. En: MACIAS CASTILLO, Agustín Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, Miguel Ángel (Coordinadores). El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial La Ley, 2008.

HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. Nociones técnicas de internet. En: PEGUERA POCH, Miquel. Derecho y nuevas tecnologías. Barcelona: editorial UOC, 2005.

HUERTA TOCILDO, Susana. El derecho fundamental a la legalidad penal. Revista española de derecho constitucional, no. 39, 1993.

IGLESIAS POSSE, Rubén. Las reproducciones provisionales de obras protegidas en el ámbito digital. Especial referencia a las generadas durante el intercambio de archivos a través de redes P2P. Primera parte. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, España, vol. 24, no. 1, 2015, p. 57-89.



JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. La cuestión de los delitos-manta. ¿Qué se puede encontrar en una manta que merezca la “pena”? En: La Ley Penal. Julio–agosto, 2008, no. 51, p. 5–16.

JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa. Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales. En: Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, 2010–2, no. 23. Navarra: editorial Aranzadi.

JÓDAR MARTÍN, Juan Ángel. La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales. Dialnet, no. 71, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid: editorial Tecnos, 2002.

KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo. Gobernanza de Internet: Asuntos, Actores y Brechas. Diplo Foundation, publicación en línea, año 2005, <http://textus.diplomacy.edu/textusbin/env/scripts/Pool/GetBin.asp?IDPool=1090>, p. 82.

LARA, Juan y VERA, Francisco. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. En: ONG Derechos Digitales, no. 3. En <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

LATORRE, Virgilio. Protección penal del derecho de autor, 2ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

LATORRE, Virgilio. Protección penal del derecho de autor. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 1994.

LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. Piratería digital en la propiedad intelectual: Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional. Barcelona: editorial Bosch, 2011.

LEHMAN, Bruce. Intellectual Property and the National Information Infrastructure, Washington: Library of Congress Cataloging in a Publication Data. En: <https://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>

LEÓN, Edgar; VARELA, Eduardo. “Una colisión peer to peer: habeas data versus derechos de autor”. Universitas, no. 120, 2010, p. 237-252. En: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a10.pdf>

LETAL, Pedro. La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en internet. Granada: editorial Comares, 2012.

LEVENE, Ricardo Y CHIARAVALLTI, Alicia. Introducción a los delitos informáticos, tipos y legislación. VI Congreso Latinoamericano. Colonia, Uruguay. 1998.

LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; Lugo Arteaga, Larisbel. El bien jurídico y las funciones del Derecho penal. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Enero–junio, 2015, vol. XXXVI, no. 100, p. 63–73.

LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y derechos conexos. UNESCO, Buenos Aires, 1993.

LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y diversidad cultural. Anuario andino de derechos Intelectuales, no. 3, 2007. ZUKERNTI, Eduardo (Editor). Observador de medios de comunicación en América Latina. Fundación Konrad Adenauer. 2008.

LIPSZYC, Delia. La tutela en redes digitales de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos. Internet. En: Nuevos temas de derecho de autor. Buenos Aires: Unesco, 2004.

LLORET MAURI, Jaime Y Otros. Evolución y contenido de las redes P2P de compartición de ficheros de dominio público. Departamento de comunicaciones Universidad Politécnica de Valencia, 2005.

LONDOÑO TORO, Beatriz Y GÓMEZ HOYOS, Diana. Diez años de investigación jurídica y socio jurídica en Colombia: balances de la red socio jurídica. Bogotá: Universidad de la Sabana y Universidad del Rosario, 2010.

LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. Modelos de comunicación en Internet. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David. La adhesión a los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico: valoraciones desde la posición de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Revista de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica, vol. 29, no. 1, 2015.

LÓPEZ MARTÍN, Sonia. Jóvenes, Internet y Movimiento Antiglobalización: usos activistas de las Nuevas Tecnologías. En Revista de Estudios de Juventud, no. 76, 2007, p. 183-199.

LÓPEZ MAZA, Sebastián. Idas y venidas de la “Ley Sinde”. Comentario a la disposición final 43ª de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Revista Jurídica de la Universidad autónoma de Madrid, no. 23, 2011.

LORENZOTTI, Ricardo Luis y PEDROTTI, Daniel. Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo. Revista AEU, no. 1, p. 133-123. En: <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf> 1994.

MACÍAS CASTILLO, Agustín. La reparación del daño moral del autor. En: El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial Gráficas Muriel, 2008.

MADISON, JAMES. On copyrighting Thomas Jefferson's memoirs. Posted, January 30, 2013, by Terry Hart. En: <http://www.copyright.com/2013/01/james-madison-on-copyrighting-thomas-jeffersons-memoirs/>

MAGNE AGUILAR, Alcides. Notas sobre los delitos contra la propiedad intelectual. La paz: Revista de la biblioteca y archivo histórico de la asamblea legislativa plurinacional, vol. 5, no. 12, p. 38. Disponible en: <http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/fdc/v5n12/a07.pdf> 2011.

MAGRO SERVET, Vicente. Delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Delitos socioeconómicos. Madrid: editorial Publicep, 2010.

MALDONADO, Tomás. Crítica de la razón informática. Barcelona: editorial Paidós, 1998.

MALENOVSKY, D. J. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 17 de abril de 2008, sobre derecho de distribución y su aplicación a la sociedad de la información (TJCE 2008, 87). En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. 2008-3, no. 18, p. 273–277.

MARCO MOLINA, Juana. La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto. En: MACÍAS CASTILLO, Agustín. El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Madrid: editorial Gráficas Muriel, 2008.

MARCO MOLINA, Juana. La propiedad intelectual en la legislación española. Madrid: editorial Ediciones Jurídicas, 1995.

MARTÍNEZ, Alejandro. Programas que utilizan la red P2P, 2014. En: <http://alejandromatr.blogspot.com.co/2014/01/programas-que-utilizan-la-red-p2p.html>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Derecho penal y económico de la empresa: parte especial, 3ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial, 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico: en Universitas vitae homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial. En: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: editorial Gráficas Rógar, 2010.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS y Otros. Derecho penal económico y de la empresa. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico, parte general. Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.

MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela. El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. 2011-2, no. 26, p. 87–100.

MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco. La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho penal. En: Capítulo Criminológico. Julio-septiembre, 2005, vol. 33, no. 3, p. 281–308.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Madrid: editorial Civitas, 1990.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal. Revista Derecho penal y criminología, no 28. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. Presupuestos generales de los delitos informáticos. En: Delincuencia informática y Derecho penal. Madrid: editorial Edisofer, 2001.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. Responsabilidad intelectual digital: Responsabilidad penal. Revista 28 Derecho y Criminología, no. 81, 2007.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Documento TOL5.009.915, p. 2. Disponible en: [file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL\\_5009915\\_es.pdf](file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL_5009915_es.pdf)

MATIZ BULLA, Carlos Alfonso. Delitos contra los derechos de autor en el nuevo código penal (ley 599 de 2001). Revista de propiedad imaterial, no. 3, 2002.

MÉNDEZ REBOLLAL, Alfredo. Delitos contra la propiedad intelectual relativos a programas de ordenador. Aspectos prácticos. En: La Ley Penal. Enero, 2007, no. 34, p. 17–30.

MERLOS GARCÍA, Alonso. Internet como instrumento para la Yihad. En: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, no. 16, 2006, p. 81-90.

MESA MARRERO, Carolina. Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho Español. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2005-1, no. 7, p. 119–137.

MESEGUER GONZÁLEZ, Juan De Dios. Los nuevos modi operandi de los ciberdelincuentes durante la crisis económica. Revista de Derecho UNED. Pamplona, no. 12, 2013, p. 495-523.

MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la Unión europea. El derecho internacional en el mundo bipolar del siglo XXI. Iprolex. Madrid, 2013.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal. En: Estudios sobre el código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. Morillas Cueva, Lorenzo (Director). Madrid: editorial Dykinson, 2015.



MIRÓ LLINARES, Fernando. El Cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid: editorial Industria Gráfica, 2012.

MIRÓ LLINARES, Fernando. El Cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid: editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Internet y delitos contra la propiedad intelectual. Madrid: editorial Fundación Autor, 2005.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Madrid: editorial Dykinson, 2003.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software. Revista de derecho penal, no. 22, 2008.

MOLINA, José Luis. La ciencia de las redes. Universidad de Barcelona. Revista apuntes de ciencia y tecnología, no. 11, junio 2004.

MONCADA FLÓREZ, Juan Pablo; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información. Tesis Doctoral. Granada: Universidad de Granada. Facultad de Derecho, 2009.

MONTAÑEZ TORRES, Sandra y PÉREZ CASTILLO, José. Modelo de portal para el laboratorio de computación Grid. Revista ingeniería y universidad, vol. 12, no. 2, Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

MORAIS GALLEGO, José Pedro. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Implicaciones legales. Revista galega do ensino, no. 48, 2006.

MORALES GARCÍA, Oscar. Derecho penal y sociedad de la información. En: PEGUERA POCH, Miquel. Derecho y nuevas tecnologías. Barcelona: editorial UOC, 2005.

MORALES PRATS, Fermín. MORALES GARCÍA, Óscar. Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

MORENO MUÑOZ, Miguel. Propiedad intelectual, seguridad y control de las comunicaciones en Internet. Impacto sociocultural del fenómeno Megaupload. Gaceta de antropología. Universidad de Granada, 2012.

MORENO, Javier Andrés. "Violación de los derechos de autor a través de redes P2P: ¿responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o de los miembros de las redes?". Revista La Propiedad Inmaterial, no. 14, 2010, p. 261-276. En: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2481>

MORÓN LERMA, Esther. Delitos contra la propiedad intelectual. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director). GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Director). Comentarios a la reforma penal de 2010. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

MORÓN LERMA, Esther. Delitos contra la propiedad intelectual. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Comentarios a la reforma penal de 2010. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

MORÓN LERMA, Esther. Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red, 2ª ed. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

MORÓN LERMA, Esther. Internet y derecho penal: hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red. Navarra: editorial Aranzadi, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general, 6ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Manual de derecho penal, parte general, 9ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte especial, 16ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte especial, 20ª ed., completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. En:

<http://0biblioteca.tirant.com.athenea.upo.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491190592>

MUÑOZ CONDE, Francisco. El moderno Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias. Editorial La Ley, 1996, vol. 5, p. 1339-1341.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito, 4ª ed. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco, LÓPEZ PEREGRÍN Carmen y GARCÍA ÁLVAREZ Pastora. Manual de derecho penal medio ambiental. Valencia. Editorial. Tirant Lo Blanch. 2013.

NEGROPONTE, Nicholas. Ser digital. Buenos Aires: editorial Atlántida, 1995.

NUÑEZ CASTAÑO, Helena. El contrato de página web. Ekonomiaz. Revista vasca de economía, 2002, no. 51, p. 74-87.

OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario. ROJAS CHAVARRO, Miguel Ángel. La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010.

OLLERO TASSARA, Andrés. Derechos de autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate. Revista de derecho político, no. 27-28. 1988, p. 113-180.

ORTEGA BALANZA, Marta y RAMÍREZ ROMERO, Luis. Amistades peligrosas: el delito de childgrooming. Revista Iuris, no. 216, 2014.

OSORIO MORENO, César Alejandro. ¿Es legítima la protección penal de los derechos morales de autor? Revista Opinión Jurídica, vol. 9, no. 18, 2010, p. 143-158.

OSORIO MORENO, César Alejandro. Política global para la protección para la protección penal de la propiedad intelectual en la Internet. En: PEREZ ALVAREZ, Fernando (Editor). Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: memorias del III congreso internacional de jóvenes investigadores en ciencias penales. Ediciones Universidad de Salamanca. p. 699, 712.

OSSA ROJAS, Claudio Patricio. Desafíos jurídicos que plantea la regulación de las medidas técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos. Universidad de San Sebastián. Chile. Revista de Derecho y Ciencias Penales, no. 17, 2011.

PABÓN CADAVID, Johnny Antonio. De los privilegios a la propiedad intelectual. La protección en Colombia a las obras literarias, artísticas y científicas en el siglo XIX. Bogotá: editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

PABÓN CADAVID, Johnny Antonio. Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. Revista La Propiedad Inmaterial, no. 13, 2009, p. 59-104. En: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3135161.pdf>

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Comentarios al nuevo código penal sustancial, 3<sup>ra</sup> ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

PALMA HERRERA, José Manuel. Las redes p2p de intercambio de archivos desde la perspectiva del derecho penal. En: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. Madrid: editorial Dykinson, 2005.

PEGUERA POCH, Miquel. ¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los proveedores de servicios de internet en el derecho europeo y español. En: Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año I, no. 2. Julio–diciembre 2007, Bogotá.

PEGUERA POCH, Miquel. La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

PEGUERA POCH, Miquel. Principios de derecho de la sociedad de la información. Navarra: editorial Aranzadi, 2010.

PENGUIN, William. Las 10 reglas de oro de la usabilidad web. En: <http://www.yoseomarketing.com/blog/las-10-reglas-de-oro-de-la-usabilidad-web/>

PEÑA VALENZUELA, Daniel. Responsabilidad civil en la era digital, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen. Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación. Revista vector plus. Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Universitaria, no. 4, 1995.

PÉREZ-MIGUEL, Carlos; MIGUEL-ALONSO, José y MENDIBURU, Alexander, “Informe sobre sistemas de computación en redes P2P”, Departamento de Arquitectura y Tecnología de Computadores UPV/EHU, p. 1-20. En: <http://www.sc.ehu.es/ccwbayes/members/cperezmig/pubs/p2p.pdf>

PIÑEROS DURÁN, Santiago. Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. En: Revista la Propiedad Inmaterial. Noviembre, 2013, no. 17, p. 5-29.

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. El concepto de conducta como elemento indispensable en la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Universidad del Norte, Barranquilla. Revista de Derecho, no. 34, 2010.

PLAZA PENADÉS, Javier. La directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. En: Propiedad intelectual y sociedad de la información. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

PLAZA PENADÉS, Javier. La responsabilidad civil en internet (su regulación en el derecho comunitario y su previsible incorporación al derecho español). En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, 2001.

PLAZA PENADÉS, Javier. Responsabilidad civil de intermediarios y prestadores de servicios de la sociedad de la información. En: Propiedad intelectual y sociedad de la información. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

PORCELLI, Adriana Margarita. Los bienes digitales y el derecho de autor en Internet. La denominada “piratería informática.” Revista del Departamento de ciencias sociales. Universidad Nacional de Lujan, vol. 2, no 3, 2015.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal ante el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

PUENTE ALBA, Luz María. El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual. En: Revista Penal. Enero, 2008, no. 21, p. 103-112.

PUENTES MARTÍNEZ, Pablo. Responsabilidad derivada tras la extinción del contrato de puesta a disposición. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, no. 12, 2014.



QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios a la parte especial del derecho penal. VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador). Pamplona: editorial Aranzadi, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Cataluña: Universitat Oberta de Catalunya, p. 10. En: [https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho\\_penal\\_economico/Derecho\\_penal\\_economico\\_\(Modulo\\_3\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_(Modulo_3).pdf)

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Internet y derecho penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia. En: La Ley Penal. Enero, 2007, no. 3, p. 5–24.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La tutela penal de la propiedad intelectual. En: Comentarios al nuevo código penal, 4ª ed. Navarra: editorial Aranzadi, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre los delitos económicos como subsistema penal. En: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: editorial Gráficas Rógar, 2010.

RAMS ALBESA, Joaquín. Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual. Madrid: editorial Reus, 2010.

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio. Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. Anuario jurídico y económico Escorialense, Madrid, 2014.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. ¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal? En: <http://www.cecolda.org.co/index.php/informacion/columnista-invitado/147-es-el-plagio-una-conducta-reprimida-por-el-derecho-penal>. p. 7- 13.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Un nuevo reto del derecho en la edad de la información. En: Revista Propiedad Inmaterial, no. 12, 2008. Bogotá: editorial Universidad Externado, 2008.

RIBAS, Ramón Eduardo, la respuesta del derecho penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía ¿al derecho penal de cinco vías? En: Nuevos Retos del Derecho Penal en la era de la globalización. FARALDO CABANA, Patricia (Directora). Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

RIBERA BLANES, Begoña. El canon digital. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, no. 3, 2008.

RÍOS PINZÓN, Yesid Andrés. Transferencia del derecho de autor. (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia). Centro Colombiano del Derecho de Autor. 2012. Disponible en internet: <URL: [http://www.cecolda.org.co/images/columnista/transferencia\\_del\\_derecho\\_de\\_a\\_utor.pdf](http://www.cecolda.org.co/images/columnista/transferencia_del_derecho_de_a_utor.pdf)

RIOS RUIZ, Wilson Rafael. Aspectos Legales del Software Libre o de Código Abierto (Open Source). En: Comercio Electrónico. Grupo de estudios en “Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática”. Universidad de los Andes. Bogotá: editorial Legis, 2004.

RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Ciberpiratería – Sistemas “Peer to Peer” (P2P) Análisis De Las Sentencias en los casos Napster, Grokster, Morpheus, Stream Cast y Kazaa. En: Revista propiedad inmaterial, no. 12, 2008. Bogotá: editorial Universidad Externado, 2008.

RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Jurisdicción, competencia y legislación aplicable para conocer los conflictos derivados de la infracción de los derechos de autor en la red. En: Revista Propiedad Inmaterial, no. 6. Primer semestre 2003. Bogotá: editorial Universidad Externado, 2003.

RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. La propiedad intelectual en la era de las nuevas tecnologías. Ed. Uniandes, Bogotá, 2009.

ROBLEDO VILLAR, Antonio. Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal. Barcelona: editorial Bosch, 1997.

RODRÍGUEZ ANDRÉS, Miguel Ángel. Los delitos contra la propiedad intelectual en la Circular 1/2006, de 5 de mayo, de la Fiscalía General del

Estado sobre delitos contra la propiedad intelectual. En: La Ley Penal. Enero, 2007, no. 34, p. 5–16.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Joaquín. Ciencia y comunicación científica: edición digital y otros fundamentos de libre acceso al conocimiento profesional de la información. E-prints in library and information science, vol. 14, no. 4, 2005.

RODRÍGUEZ MONTANA, Alfredo. Algunos aspectos sobre la protección penal de los derechos de autor. En: Estudios de Derecho Penal Económico. Bogotá D.C.: editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 120–139.

RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo y Otros. Estudios de Derecho Penal Económico. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2007.

RODRÍGUEZ MORO, Luis. Tutela Penal de la propiedad intelectual. Resumen técnico. Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 2012.

RODRÍGUEZ MORO, Luis. Tutela penal de la propiedad intelectual. Universidade da Coruña, 2009.

RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet. En: Revista de Derecho Privado. Agosto, 2001, no. 26, p. 143–180.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales. Revista de Derecho privado. Madrid, 1949.

ROJAS A., Luis Emilio. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. Revista de derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso, 2011, no. 37, p. 415-434.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El Cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales. Granada: editorial Comares, 2006.

RUBÍ PUIG, ANTONI. Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. InDret. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2010.

SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor. Sociología de la propiedad intelectual en la era global. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 2007.

SÁDABA, Igor. Propiedad intelectual ¿Bienes públicos o mercancía privada?. Madrid: editorial Catarata, 2008.

SÁENZ ARJONA, Elena. Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (en homenaje al barón Gerhard Ernest Von Franckenau). Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política social, no 8, 2014, p. 115-190.

SALVADORI, Iván. La responsabilidad penal del director de un periódico telemático en el ordenamiento jurídico italiano. En: Revista Holística Jurídica, 2011, p. 95–110.

SAN JUAN, César y Otros. Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana. Revista Eguzkilore, no. 23, 2009, p. 175-190.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. Una política comunitaria de seguridad en internet. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, no. 7, 2001.

SANCHIS MARTINEZ, María Trinidad. La lógica interna de los derechos de autor en su configuración histórica: una evolución lineal basada en el soporte. Derechos de Autor, digitalización e internet. Madrid: editorial Universitas, 2004.

SANTÍN GONZÁLEZ, Abel. Peer 2 peer sistemas operativos distribuidos. Disponible en: [http://www.academia.edu/5263286/Peer\\_2\\_Peer\\_Sistemas\\_Operativos\\_Distribuidos](http://www.academia.edu/5263286/Peer_2_Peer_Sistemas_Operativos_Distribuidos)

SATZGER, Helmut. La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros. En: Cuadernos de Derecho Penal. Julio, 2012, p. 43–57.

SCHNETTLER, Ferdinand. Responsabilidad civil extracontractual derivada de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos por intercambio de obras protegidas mediante programas y redes peer to peer. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento

de Derecho Procesal, 2015, p. 21. En:

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/132995/Responsabilidad-civil-extracontractual-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-a-los-derechos-patrimoniales-de-autor-y.pdf?sequence=1>

SEGURA GARCÍA, María José. Derecho penal y propiedad industrial. Madrid: editorial Civitas, 1995.

SENTENCIA 3 SEPTIEMBRE 2010, no. 245/2010, Ap Badajoz (Sección 2ª) (Ac 2010,1362). Recurso De Apelación no. 179/2010. Ponente Sr. D. Fernando Paumard Collado.

SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, Carmen. Conflictos jurídicos del arquitecto con la regulación de la propiedad. España. Revista de derecho UNED, no. 16, 2015.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, no. 3, 2006.

SERRANO SANTOYO, Arturo y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Evelio. La brecha digital: Mitos y realidades. Universidad Autónoma de Baja California, 2003.

SIEBER, Ulrich. Criminalidad Informática: peligro y prevención. En: MIR PUIG, Santiago. Delincuencia Informática. Barcelona, 1992.

SIEBER, Ulrich. Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico- penal en el Instituto Max-Planck de

derecho penal extranjero e internacional. En: Revista Penal, julio 2008, no. 22, p. 125-159.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Navalmorcar: editorial Gráficas Rógar, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y persona. Buenos Aires: editorial Gráficas Laf, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores. En: El nuevo código penal: comentarios a la reforma. Madrid: editorial La Ley, 2012.

SIMÓN ALTABA, Marc. La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos, no. 2, 2014.

SIMÓN ALTALBA, Marc. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos, no. 2, 2014, p. 206.

SOL MONTAÑOLA, Mario y Otros. El test de las tres etapas y la comunicación pública. Revista de los estudios de Derecho y ciencia política de la OUC, no. 1, 2005.



SOLOM CLOTET, Juan. Delito informático y su investigación. En: [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/page/uned\\_main/launiversidad/ubicaciones/06/duque\\_ahumada/ponencias%20xx%20seminario%20duque%20de%20ahumada/4.pdf](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/page/uned_main/launiversidad/ubicaciones/06/duque_ahumada/ponencias%20xx%20seminario%20duque%20de%20ahumada/4.pdf)

SORIANO SORIANO, José Ramón. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2008, sobre validez de los rastreos informáticos realizados en la red por la policía judicial y necesidad de autorización judicial para desvelar la identidad de los “Internet Protocols”. En: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. 2008-3, no. 18, p. 323–325.

STALLMAN, Richard. Software libre para una sociedad libre. Madrid: editorial Queimada Gráficas. En: [https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free\\_software.es.pdf](https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free_software.es.pdf)

TACTUK, Aurora. El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia: Contenidos de los derechos de autor. Tesis doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de ciencias sociales y jurídicas. Departamento de Derecho Privado, 2009.

TANEMBAUM, Andrew. Redes de computación, 4ª ed. Ciudad de México: editorial Pearson Educación, 2003.

TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa. Régimen general de responsabilidad de los prestadores de servicios. En: DE LA SIERRA FLÓRES Doña María

(Coordinadora). Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet. Madrid: Ediciones Complutense, 2008.

TASENDE CALVO, Julio. Los delitos contra la propiedad intelectual. Tipicidad y doctrina legal. Madrid: Actualidad penal, 2003, no. 2, ISSN 0213-6562, p. 619, 621.

TERCER SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA. (3º: 25-29, octubre, 2004: Antigua, Guatemala). Documento preparado por Emilia Aragón. Guatemala, 2004.

TOMÁS YEPES, Carlos Fernando Y AMARILES BEDOYA, Kevin. Mitigación de riesgos de delitos informáticos en el contexto empresarial. Universidad Tecnológica de Pereira. En: <http://adl.handle.net/11059/5164>.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Documento TOL5.009.915. Abril 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.tirantonline.com>.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Del descubrimiento y revelación de secretos. En Manuel Gómez Tomillo y Otros. Comentarios al Código Penal. Valladolid: editorial Lex Nova.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) En: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Documento TOL5.009.915. Abril 2015. Disponible en internet: [file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL\\_5009915\\_es.pdf](file:///C:/Users/Cesar%20Alejandro/Downloads/TOL_5009915_es.pdf)

TORO MEJÍA, Carolina. Estudio de la problemática existente entre las patentes de invención y las licencias obligatorias en Colombia. Universidad de los Andes, Bogotá. Revista de derecho privado, no. 46, 2011.

TOURNE ALEGRE, José Manuel. Propiedad intelectual en la sociedad de la información. En: Tomo de Jurisprudencia La Ley, no. 5, 2006.

TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo. Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista. En: La Ley Penal. Julio– agosto, 2008, no. 51, p. 17-45.

TURRIAGO RODRÍGUEZ, Omar. Aproximación a la problemática de los derechos de autor en Internet. Universidad de los Andes, convenio electrónico y telecomunicaciones. Bogotá: editorial Legis, 2002, p. 437-438.

URIARTE VALIENTE, Luis M. Delincuencia organizada a través de internet. En: La Ley Penal. Febrero, 2008, no. 46, p. 19–41.

URIARTE VALIENTE. Luís María. Delincuencia organizada a través de Internet. En: Revista La Ley, no. 43, febrero 2008, p. 30. Disponible en: <https://prezi.com/upksgoofcghd/software-educativo-libre/>

URIONA MALDONADO, Mauricio y Otros. Catching up en servicios intensivos de conocimiento: el caso de la producción de software y servicios informáticos de Argentina y Brasil. Revista CTS, no. 24, 2013.

VARGAS PINTO, Tatiana. Antecedentes: delitos de peligro abstracto y exigencias actuales. En: Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Navarra: editorial Aranzadi, 2007.

VARGAS PINTO, Tatiana. Propuestas de solución. En: Delitos de peligro abstracto y resultado: Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Navarra: editorial Aranzadi, 2007.

VEGA VEGA, José Antonio: Protección de la propiedad intelectual. Madrid: editorial Reus, 2002.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Cuestiones procesales relativas a la investigación de los delitos telemáticos. En: VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Director). Delitos Contra y a través de las Nuevas Tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?, Cuadernos de Derecho Judicial, III – 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 317- 318.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando y WOLFFHÜGEL GUTIERREZ, Christian. La diferencia entre dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Revista cuadernos de derecho penal, no. 6, 2011.

Vlex España, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-68824021>

VERCELLONE, Carlo. Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo. Capitalismo cognitivo propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: editorial Traficantes de Sueños, 2004.

VIANO, EMILIO C. Sección II-Derecho penal, parte especial. Sociedad de la información y derecho penal. Revue Internationale de Droit Pénal, vol. 84, 2013.

VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO. Vademécum de derecho penal. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. De los delitos relativos a la propiedad intelectual. En: Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES GRÁCIA, Joseph. Aspectos de la propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales. Revista el profesional de la información. 2005, vol. 14, no. 4, p. 267-278.

XALABARDER PLANTADA, Raquel. Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial. En:

[http://in3.uoc.edu/opencms\\_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder\\_2003\\_InfraccionesDePropiedadIntelectual.pdf](http://in3.uoc.edu/opencms_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder_2003_InfraccionesDePropiedadIntelectual.pdf) (2002).

XALABARDER PLANTADA, Raquel. La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. En: Revista de Internet, Derecho y Política, 2006, no. 2, p. 1–15.

XALABARDER PLANTADA, Raquel. Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright? En: UOC Papers. Revista sobre la sociedad del conocimiento, no. 2, 2006.

XALABARDER PLANTADA, Raquel. Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millenium Copyright Act. En: MORALES PRATS, Fermín Y MORALES GARCÍA, Oscar (Coordinadores). Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

ZAPATA LÓPEZ, Fernando. El libro: el ejercicio de los derechos exclusivos de autor en la internet. (Bogotá, D.C. 25 de abril de 2007). Diapositivas de Power Point, p. 10.